ESTUDIOS

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral
Jesús Cruz Villalón

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre, y trabajo forzado
Análisis crítico desde la perspectiva laboral
Sofía Olarte Encabo

El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos
M. Nieves Moreno Vida

El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?
Cristóbal Molina Navarrete

El alcance del derecho al respeto de la correspondencia del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Federico Navarro Nieto

Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Santiago González Ortega

Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los Whistleblowers
Carmen Sáez Lara

El derecho de reunión: contemplación jurídica y elementos de restricción desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el sistema español de relaciones laborales
Eva Garrido Pérez

El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Federico Durán López

Prohibición de discriminación
José Luis Monereo Pérez y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

El primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho a la Seguridad Social
Cristina Sánchez-Rodas Navarro

ISSN: 0213-0750 http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

TEMAS LABORALES 2018

145

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
145/2018

Monográfico sobre la jurisprudencia del
Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral

In memoriam José Vida Soria

145

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

145

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JAVIER CARNERO SIERRA
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

PILAR SERRANO BOIGAS	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
MANUEL CABALLERO VELÁZQUEZ	Secretario General de Empleo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JAVIER CARNERO SIERRA	Consejero de Empleo, Empresa y Comercio
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011).
Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros.
Número suelto: 18 euros. Boletín de suscripción disponible en
http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO
JUNTA DE ANDALUCIA
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96 I.S.S.N.: 0213-0750 Imprime: Selección Gráfica del Sur, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 145/2018
Monográfico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia Laboral

In memoriam José Vida Soria

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral
Jesús Cruz Villalón 17

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre, y trabajo forzado
Análisis crítico desde la perspectiva laboral
Sofía Olarte Encabo 55

El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos
M. Nieves Moreno Vida 87

El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?
Cristóbal Molina Navarrete 121

El alcance del derecho al respeto de la correspondencia del trabajador ex art. 8 CEDH en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Federico Navarro Nieto 161

Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Santiago González Ortega 193

Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los Whistleblowers
Carmen Sáez Lara 243

El derecho de reunión: contemplación jurídica y
elementos de restricción desde el Tribunal Europeo de Derechos
Humanos y el sistema español de relaciones laborales
Eva Garrido Pérez 281

El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal
Europeo de Derechos Humanos
Federico Durán López 317

Prohibición de discriminación
José Luis Monereo Pérez y
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano 327

El primer protocolo adicional del Convenio Europeo
de Derechos Humanos y el Derecho a la Seguridad Social
Cristina Sánchez-Rodas Navarro 371

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (Internacional Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú), Arbeit und Recht (Alemania), Australian Journal of Labour Law (Australia), Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Securité Sociale (Francia), Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica), Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá), Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América), Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia), Diritti Lavori Mercati (Italia), Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania), European Labour Law Journal (Bélgica), Giornale di Diritto del Lavoro (Italia), Industrial Law Journal (Sudáfrica), Industrial Law Journal (Reino Unido), International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda), International Labour Review (OIT), Japan Labor Review (Japón), Labour and Social Law (Bielorrusia), Labour Society and Law (Israel), Lavoro e Diritto (Italia), Pecs Labour Law Journal (Hungría), Derecho de las Relaciones Laborales (España), Revista de Derecho Social (España), Revue de Droit du Travail (Francia), Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia), Russian Yearbook of Labour Law (Rusia) y Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits-und Sozialrecht (Alemania).*

Más información sobre su objeto y actividades, en http://www.labourlawjournals.com

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto…", op. cit., TL 120/2013, p.23.
- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 145/2018
Monograph on the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding Labour Law

In memoriam José Vida Soria

INDEX

1. STUDIES

Jurisprudence of the European Court of Human Rights
regarding Labour Law
Jesús Cruz Villalón 17

The doctrine of the European Court of Human Rights on slavery,
servitude and forced labour. Critical analysis from a labour perspective
Sofía Olarte Encabo 55

The right to a fair trial
(by the European Convention on Human Rights)
M. Nieves Moreno Vida 87

The right to privacy of the worker in the European Court of
Human Rights: Dialogue or conflict with national jurisprudence?
Cristóbal Molina Navarrete 121

The scope of the right to respect for correspondence
of the worker in the case law of the European Court of Human Rights
Federico Navarro Nieto 161

Contract of employment on the jurisprudence of
the European Court of human rights and religious freedom
Santiago González Ortega 193

Freedom of expression of workers and protection
international and in Spain of the whistleblower
Carmen Sáez Lara 243

Right of assembly: legal contemplation and elements of
restriction from European Court of Human Rights and
Spanish system of labour relations
Eva Garrido Pérez 281

Right to strike in the doctrine of the European Court of human rights
Federico Durán López 317

Prohibition of discrimination
José Luis Monereo Pérez y
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano 327

The first additional protocol of the
European Human Rights Convention and the right to social security
Cristina Sánchez-Rodas Navarro 371

¨IN MEMORIAM¨ JOSÉ VIDA SORIA

Cuando se revisaban las pruebas de este número de Temas Laborales, revista de cuyo consejo de redacción fue miembro desde su aparición, llegó, de manera inopinada, la noticia del fallecimiento del Profesor José Vida Soria.

Pocas palabras hay en nuestro idioma más hermosas que recordar, volver a pasar por el corazón es su sentido etimológico, que añade matices nada desdeñables a la palabra rememorar. Y eso es justo lo que ahora pretendo, traer a la memoria la figura del Profesor Vida Soria, desde mis recuerdos, ahora que el tiempo lo ha alcanzado, en expresión cernudiana. El tiempo, ese tema sobre el que gustaba reflexionar, y sobre el que tantas enseñanzas recibimos quienes tuvimos la suerte de frecuentar su conversación y de que nos regalara el suyo.

José Vida Soria hizo profesión de la Universidad, y es que su personalidad necesariamente le había de conducir ahí, a la Universidad, que hace profesión de la verdad, que declara, promete, un compromiso sin límite con la búsqueda de la verdad. A esa Universidad sin condición era a la que amaba apasionadamente el Profesor Vida, que confesaba que "la Universidad es la persona jurídica a la que más quiero" (Intervenciones académicas). Ese compromiso declarado no fue en él un recurso retórico ni una idea a la que querer en silencio, sino una fuerza motriz para hacer Universidad allá donde su trayectoria profesional le llevó (Madrid, Salamanca y Granada) y que le animó a tomar un papel activo en la modernización y adaptación de la misma al nuevo contexto democrático en el proceso estatutario que se abrió tras la Ley de Reforma Universitaria, siendo Rector de la Universidad de Granada durante ese tiempo, en que se sentaron bases sólidas para el mejor futuro de la institución

De ese ser universitario, de ese compromiso de responsabilidad bajo palabra, que es la esencia de la función del profesor, en el sentido que le diera Cicerón en sus disputaciones tusculanas, Vida Soria hizo una continua profesión de fe. Vivió en el empeño crítico, que impregna no solo su obra, sino también su vida. No soportaba la pereza intelectual ni los prejuicios que alimentan los tópicos, contra los que se rebelaba. Su ser crítico no lo era contra esto o aquello sino una actitud mental. Y siempre desde la honestidad intelectual, haciendo explícitos sus expedientes interpretativos de la realidad y sus posiciones ideológicas, honestidad que quedó manifiesta, como trasunto metodológico, en la concepción de la disciplina a que dedicó su quehacer profesional, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Era el suyo un magisterio particular, en el que dejaba asomar que había sido acunado y criado en el espíritu y principios de la Institución Libre de Enseñanza. Con una erudición fuera de lo común y una brillante agilidad dialéctica, dominaba como pocos el arte de conversar, hoy tan perdido. Tenía una apasionada forma de defender sus argumentos, más nunca resonaba en su voz el dogmatismo; defendía sus posiciones no por propias sino por buenas y, como buen polemista, siempre estaba dispuesto a ceder ante la razón del otro.

Nunca ocultó sus fuentes y refería constantemente a sus maestros, y al significado de los mismos en la configuración del real ser universitario. Siempre entendió que el maestro debe ser ocasión y no condición para los discípulos. En su escuela nunca hubo de pagarse el diezmo de la uniformidad, ni el de la obediencia. Es por eso que, dominando sus legítimos afectos, su enseñanza estuviera siempre abierta a quien compartiese las señas de identidad de la Universidad, esto es el trabajo intelectual honesto, el debate y la crítica.

Ese carácter del Profesor Vida Soria explica su radical aversión al postureo, al artificio y la impostura intelectual, a los virtuosos engañabobos, a los embaucadores, a los que gustaba desenmascarar y para cuya detección poseía una extraordinaria capacidad Cuando topaba con alguno, no dudaba en acudir a su arsenal sarcástico, que no era escaso. Y si no transigía con la hipocresía y la falacia, con lo frívolo y lo equívoco, no hablemos ya de lo inmoral o injusto.

El Profesor Vida era un jurista (la realidad no tiene culpa de los planes de estudio) que una y otra vez supo hacer lecturas críticas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que supo idear nuevas categorías analíticas y nuevos marcos de entendimiento de nuestra disciplina, una concepción que encapsula el programa para su impartición a los alumnos que es marca de su escuela, y que explicita todo un entendimiento de la función y fines del Derecho del Trabajo y de la "ordenación" de sus fuentes de producción.

Sus extraordinarias dotes jurídicas, y más allá de las aulas, siempre estuvieron al servicio de las causas que para él valían la pena, circunstancia que avalan numerosos testimonios públicos y anónimos (con ocasión de su muerte, alguien recordaba en un diario alguna anécdota personal, y, tras confesar que no conocía a la familia, se acompañaba a sí mismo en el sentimiento). Un jurista de raza que huyó de la ralea de quienes están disponibles para cualquier causa, aquella vieja categoría de los "letrados vendibles", pero siempre dispuesto a poner su saber al servicio, gratis et amore, al servicio de causas nobles, colectivas e individuales.

No fue ajeno a ningún afán de su tiempo. Además, no quería serlo. Su compromiso político fue expresión de su compromiso cívico. Y si el primer deber del ciudadano es mantener la boca abierta, más aún lo es del intelectual.

Era el suyo un compromiso insobornable con los derechos de los débiles ("los derechos de los pobres, pobres derechos¨), y con los valores democráticos, como atestigua su obra científica, compromiso que le condujo a la acción política, desde la que realizó contribuciones definitivas a la construcción de nuestro Estado de bienestar (sobre cuya fragilidad siempre alertaba: "¿Qué fue eso de la Seguridad Social?", fue el título de la lección con motivo de su investidura como doctor honoris causa).

Decisiva fue también su presencia en las Cortes Constituyentes, en la que, como representante socialista en la candidatura "Senadores por la democracia", formó parte de la comisión mixta Congreso-Senado, que redactó la última versión

del texto constitucional, debiéndose a sus intervenciones en los debates buena parte de nuestra constitución socioeconómica, señaladamente de nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, del que resultaba, pues, intérprete cualificado ("Génesis de las normas laborales en la Constitución"). Igualmente relevante fue su aportación durante la I Legislatura, donde, ahora como diputado en el Congreso, tuvo un protagonismo destacado en la articulación normativa del sistema democrático de relaciones laborales, siendo uno de los padres del primigenio Estatuto de los trabajadores, así como comisionado de 51 diputados socialistas en la impugnación ante el Tribunal Constitucional del RDL 17/1977 sobre relaciones de trabajo, cuyo resultado, es sabido, fue la STCo de 8 de abril de 1981, cuyo alcance sobre la regulación del derecho de huelga llega hasta nuestros días.

No añadiré otros numerosos casos de la influencia del Profesor Vida en la articulación de la nuestro sistema normativo durante su paso por las Cortes, y fuera de ellas, pero sí quiero reiterar su reconocida capacidad para construir consensos, de la que hace tiempo se dejó constancia en la "crónica secreta de la Constitución" y que ha sido ensalzada en varios obituarios aparecidos en estos días.

En él la acción política resulta un movimiento defensivo de la inteligencia, oponiéndolo al dominio del error y de la vacuidad. Sobre aquella distinción de las personas en inamovibles, movibles y los que se mueven, el Profesor Vida no quedo atrapado en la parálisis de las almas bellas, que denunciara Hegel, que viven en la beatífica contemplación crítica de la realidad, sino que fiel a su manera de entender el papel del intelectual, supo comprometerse y transitar de la manera más noble en el quehacer político.

Y, como en cualesquiera facetas de su vida siempre lo hizo "de pie" y más allá del cumplimiento del deber, a la manera que algunos lo entienden, como de manera paradigmática evidencia su entrada al Congreso tras que lo ocuparan Tejero y su tropa el 23 de febrero de 1981, cuando su concepción de la representación política y su pasión democrática le llevaron a entrar donde estaban secuestrados los representantes del pueblo, a "su sitio", asumiendo, de forma consciente, riesgos que habrían paralizado a "representantes" de cartón piedra (en cualquier caso, si estos "triunfan", dentro o fuera me van a matar).

Ese "ser político", siempre presente, conoció momentos de revivificación posteriores, y en algunos de ellos tuve la oportunidad de acompañarle en la apasionante tarea de explorar nuevos itinerarios, aun a sabiendas de que los "beati possidentis" de los territorios en que nos adentrábamos se opondrían a movimientos "desestabilizadores". Fueron aquellas oportunidades frustradas, y hoy añoradas por muchos desde el "hubiera", que en nuestro idioma, también en el político, es el tiempo verbal de la frustración.

Para un cabal entendimiento del quehacer político que tenía el Profesor Vida, es revelador que "sabía" dimitir, y cuando lo hizo nunca inventó explicaciones mistificadoras, sino porque creía que había llegado el momento.

Siempre recordaré como, una y otra vez, nos advertía que "poco puede el poderoso contra el que poco quiere", su versión abreviada de aquella enseñanza estoica que repara en que está en nuestras manos decidir si queremos pagar o no el precio de las recompensas del poder, y si conviene pagarlo cuando con el mismo se compra nuestra integridad. Él nunca lo pagó.

Estimaba mucho más su independencia de espíritu que los halagos del poder, y eligió los momentos en que abandonar los cargos para no echarse de menos a sí mismo.

Al carácter del Prof. Vida Soria conviene aquella anécdota del rabino judío a quien sus discípulos preguntaban: -Maestro, ¿para qué sigues predicando si los impíos no van a creerte?, - Para seguir creyendo yo, les respondió. Esa defensa de la integridad moral acompañará a quienes, con legítimo orgullo, nos reconocemos discípulos del maestro Vida Soria.

Nos ha dejado un estoico moderno. El Profesor Vida sabía del valor de los sentimientos y la educación; sabía del valor de la justicia, la igualdad y el honor. Nos quedan sus aportaciones científicas y el ejemplo de su compromiso cívico y político, y su calidad humana; esas "cosas" que, como dijera Borges, "durarán más allá de nuestro olvido; no sabrán nunca que nos hemos ido".

Escribió Sófocles que una palabra es suficiente para hacer o deshacer la vida de un hombre. Confieso que sus palabras y su ejemplo cambiaron la mía, y de José Vida Soria, mi Maestro, guardaré vivo recuerdo hasta que, también, el tiempo me alcance.

Ángel Javier Gallego Morales
Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

1
Estudios

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA LABORAL

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave**: Derechos fundamentales; derechos laborales esenciales; pluralismo constitucional; procesal

A partir de un panorama ciertamente limitado que se describe en el arranque del presente estudio, importantes cambios jurídicos y aplicativos han permitido que la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya ido extendiendo considerablemente en materia laboral y social. Sólo estos cambios explican que se hayan dictado en los últimos años importantes sentencias en materia laboral, que necesariamente están reforzando el diálogo con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en nuestro país, sin desconocer el necesario impacto que ha de tener igualmente sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un desarrollo cada vez más rico de lo que se ha venido en denominar el pluralismo constitucional.
Destacan especialmente cambios como el reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos recogidos en el Convenio, el contenido material de los derechos desde la perspectiva laboral, la asimilación de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Comité de libertad sindical y de expertos de la OIT, la eficacia de cosa interpretada y de cosa juzgada de la sentencia, la ampliación de los sujetos legitimados para interponer el recurso, la virtualidad de imponer sanciones económicas para atender equitativamente al daño ya causado por la lesión del derecho fundamental.
Quedan todavía tareas pendientes por abordar, como el perfeccionamiento de las reglas de procesales, la adhesión por parte de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, así como la ratificación por parte de España del Protocolo XVI del Convenio que abriría paso a procedimientos de consulta.

ABSTRACT **Key Words**: fundamental rights; essential labour rights; constitutional pluralism; procedural

Important legal changes have allowed the influence of the jurisprudence of the European Court of human rights has been spreading considerably in labour and social matters. Only these changes explain that they have been issued in the last few years important judgments in labour matters, which are necessarily strengthening dialogue with the Constitutional Court and the Supreme Court in our country, without prejudice to the necessary impact to it should also be on the Court of Justice of the European Union, in a more rich development of what has come to be called constitutional pluralism.
Changes such as the recognition of the efficacy between individuals of the rights enshrined in the Convention, the material content of the rights, assimilation of the doctrine of the European Committee of social rights and ILO's Committees, effectiveness of thing interpreted and judged of the sentence, enlargement of the subjects entitled to the remedy, the virtuosity of economic sanctions to cater equally for damage already caused by the injury of the fundamental right. Still pending tasks are to tackle, such as the development of procedural rules, the accession by the European Union to the European Convention on Human Rights and the ratification by Spain of the Protocol XVI of the Convention which would open way to consultation procedures.

 Recepción de original: 10.11.2018. Aceptación: 16.11.2018

ÍNDICE

1. La escasa incidencia inicial en lo laboral
2. El proceso evolutivo de reforzamiento: vertiente material
   2.1. La eficacia entre particulares de los derechos protegidos
   2.2. La extensión material de los derechos tutelados
   2.3. El carácter de órganos especializado en la tutela de derechos fundamentales
3. El proceso evolutivo de reforzamiento: vertiente procesal
   3.1. La fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal
   3.2. La eficacia de cosa interpretada
   3.3. La eficacia de cosa juzgada y reglas de legitimación procesal
   3.4. El arreglo equitativo
4. Los desafíos futuros de eficacia de las sentencias en materia laboral

1. LA ESCASA INCIDENCIA INICIAL EN LO LABORAL

La ratificación por España a finales de los años setenta del siglo pasado, coincidiendo prácticamente con la entrada en vigor de la Constitución, del Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, el Convenio), hecho en Roma a finales de 1950, constituyó en su momento un importantísimo hito en la garantía de los derechos fundamentales[1]. A partir de esa fecha, la atención prestada al Convenio entre nosotros con carácter general ha sido muy intensa, derivado especialmente de la singularidad del control de convencionalidad establecido a resultas de la creación a través de dicho Convenio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH, previamente con otra denominación), sobre todo por la obligatoriedad del cumplimiento que se contempla para los Estados firmantes del Convenio de las sentencias dictadas por éste[2].

[1] Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (BOE 10 de octubre de 1979). Cfr. Igualmente, Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 5 de abril de 1999 (BOE 6 de mayo), por la que se hacen público los textos refundidos del Convenio y los protocolos ratificados por España a esa fecha; Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 12 del Convenio, de 4 de octubre de 2015 (BOE 14 de marzo de 2008); Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 10 de abril de 2015, por la que se modifica la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio (BOE 17 de abril de 2015).

[2] Desde esa perspectiva de análisis de carácter general, R. Alonso García, El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales, Civitas, 2014. F. Álvarez-Ossorio Micheo, Tutela de derechos o justifica constitucional. Sobre la objetivización de los recursos de amparo constitucional y europeo, Aranzadi 2015. R. Canosa Usera, El control de convencionalidad, Civitas, 2015. J. A. Carrillo Salcedo, El convenio europeo de derechos humanos, Tecnos 2004. J. Casadevall, El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia, Tirant lo blanch 2012. S. Ripol Carulla, El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico español, Atelier 2007. S. E. Rodríguez Boente, 83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Aranzadi 2015. VV. AA., (López Guerra coord.), El Tribunal europeo de derechos humanos; una visión desde dentro en homenaje al juez Josep Casadevall, Tirant lo blanch 2015.

Por contraste, sin embargo, en su inicio poca atención se le ha prestado al Convenio y a su aplicación por parte del TEDH desde la perspectiva de los derechos laborales y de protección social[3]. Con el paso del tiempo esa escasa atención ha ido girando, manifestándose hoy en día un especial interés por el impacto que está teniendo y más puede tener de futuro su doctrina jurisprudencial en materia laboral y social, a la vista de la progresivamente mayor intervención del Tribunal en asuntos laborales, derivada de diversos factores tanto normativos como de orientación práctica.

Para comprender mejor el alcance de la evolución que se está produciendo en este ámbito y de la trascendencia hoy en día de la doctrina del Tribunal, merece la pena arrancar de cuáles eran las razones que explicaban en su origen el escaso interés en su inicio del impacto del Convenio sobre nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social. Sólo a partir de la descripción de las limitaciones de partida del Convenio y del Tribunal en los primeros años tras su ratificación, es posible comprender en sus justos términos la importancia de los cambios sucesivos que se han venido produciendo y, por derivación, las expectativas de que en el futuro pueda mantenerse el tono de intensificación de rol del Tribunal en este ámbito.

Así, en primer lugar, ha de destacarse que el Convenio sigue el modelo dual de los Tratados internacionales de su época. Se pueden diferenciar así, por un lado, los Tratados internacionales para la tutela de los derechos de carácter civil y político ajenos al ámbito de lo laboral frente a, por otro lado, los Tratados para el reconocimiento de los derechos de carácter económico y social que es precisamente donde tradicionalmente se ubicaban los correspondientes a lo laboral[4]. De ahí que los derechos específicamente laborales tuviesen una presencia marginal en el articulado del Convenio, centrado en dos materias que por su diseño a primera vista presentaban escasa relevancia práctica para lo que constituyen la vertiente más incisiva de los derechos fundamentales en lo laboral. Estos dos aspectos no son otros que la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4) y la libertad de asociación sindical (art. 11.2).

Es cierto que el primero de los aspectos entronca con uno de las cuatro vertientes esenciales que integran a juicio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la garantía de un trabajo decente; sin embargo, no es menos

[3] Análisis de carácter general, más allá de concretos comentarios a determinadas sentencias, por todos, J. Cabeza Pereiro, La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH, Revista de Derecho Social nº 69 (2015), pgs. 79 ss. J. García Murcia, Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Actualidad Laboral nº 6 (2014), M. M. Martínez Miranda, Jurisprudencia social del Tribunal europeo de derechos humanos, en Revista Jurídica de los derechos sociales. Lex Social, Universidad Pablo de Olavide, vol. 6 nº 1 (2016), pgs. 353 ss. VV.AA. (A. V. Sempere Navarro coord.), Prontuario de jurisprudencia social del Tribunal europeo de derechos Humanos, 2009. M. R. Pérez Alberdi, La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lex Social, Revista de los Derechos Sociales, nº 1 (2011), pg. 93 ss.

[4] Cabeza Pereiro, La protección jurisdiccional…, op. cit., pg. 79 ss.

cierto que se trata de una vertiente que en las más de las ocasiones se encuentra plenamente garantizada en el ámbito de la Europa occidental, de modo que escaso impacto podría vislumbrase en este aspecto por el hecho de su recepción también dentro del Convenio. Igualmente, la libertad sindical constituye uno de los pilares básicos del trabajo digno y se presenta como el presupuesto inexcusable de un sistema democrático de relaciones laborales. Sin embargo, del mismo modo, ese reconocimiento de la libertad sindical dentro del Convenio se efectúa de manera vicaria dentro del genérico derecho de asociación, sin atribuirle una específica autonomía, como hoy en día se encuentra extendido en la generalidad de los textos jurídicos relativos a derechos fundamentales y libertades públicas. Al recogerse como una mera manifestación del genérico derecho de asociación, no se atienden a las especialidades propias de la libertad sindical con derecho singular, con lo que inicialmente se le arrincona exclusivamente en la vertiente organizativa del derecho de asociación. A tal efecto, debe hacerse hincapié también en la circunstancia de que mientras que la prohibición del trabajo forzado se considera como un derecho absoluto, no sucede así en relación con la libertad de asociación sindical, pues el mismo como otros de este tenor autoriza cierto tipo de excepciones vía restricciones legales que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos (art. 11.2). Incluso ha de tenerse en cuenta que el Estado español en el momento de la ratificación del convenio manifestó reservas concretas a este derecho en relación con la prohibición de sindicación de jueces, magistrados y fiscales, posible limitación por mandato constitucional de la libertad sindical en relación con fuerzas armadas y peculiaridades de los funcionarios públicos.

A la postre, ese modelo dual en los Tratados internacionales, diferenciando entre derechos políticos y derechos laborales, se materializa en el seno del propio Consejo de Europa, que queda plasmado de forma emblemática en el Convenio que analizamos ahora para los derechos políticos y la Carta Social Europea de Turín para justamente la atención a los derechos laborales y sociales[5]. Ello se materializa igualmente desde el punto de vista del control de convencionalidad, de modo que al TEDH le corresponde el seguimiento de la aplicación del Convenio, en tanto que al Comité Europeo de Derechos Sociales se le asigna la vigilancia del cumplimiento de la Carta. Dicho con notable simplicidad, la presencia de la Carta Social y de su Comité predisponían al TEDH a derivar los aspectos sustanciales en materia laboral a tales instrumentos internacionales en el seno del Consejo de Europa, desplazaba a ellos la responsabilidad del mismo en tales materias y eximía al TEDH de afrontar las materias claves en este ámbito.

[5] Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 27 de abril de 1978 (BOE 26 de junio de 1980). Sobre el particular, por todos, el muy completo y actualizado número monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 137 (2018), dedicado en su integridad al análisis de la Carta.

Por lo demás, incluso dentro de la esfera de los derechos políticos y civiles incorporados al Convenio, el control de convencionalidad asumido por el TEDH tiene un carácter subsidiario, como el mismo declara, tanto desde el punto de vista material como procedimental. Desde el punto de vista procedimental, en la medida en que su actuación sólo se produce cuando previamente se han agotado todas las vías de tutela jurisdiccional por parte de los correspondientes órganos judiciales internos de los respectivos Estados firmantes del Convenio (art. 35). De este modo, por su carácter de órgano internacional de derechos humanos, el TEDH se entiende como una red de seguridad última, cuando no han desplegado su función de tutela del derecho fundamental las correspondientes instancias nacionales internas, sean los correspondientes Tribunales Supremos o Constitucionales nacionales; hasta que éstos no haya intervenido y, por tanto, hayan negado el amparo frente a la presunta lesión del correspondiente derecho fundamental no cabe acudir al TEDH. Es cierto que la lectura del requisito en clave procedimental no es rígida, puede suceder que Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional no hayan tenido ocasión de entrar en el fondo del asunto, por cuanto que vale también que se hayan limitado a inadmitir a trámite el recurso que se ha intentado interponer, por razones de ausencia de motivo casacional o constitucional, en la medida en que tales Tribunales ya hayan asentado una doctrina de contrario en cuanto al fondo del asunto vía pronunciamientos precedentes. De este modo, el pronunciamiento de fondo no se ha producido por órganos judiciales inferiores, pero formalmente se han agotado todas las vías internas por simple intento de acceder a los Tribunales superiores pero con los correspondientes autos de inadmisión[6].

De este modo, desde el punto de vista material, el TEDH ha desarrollado una doctrina que ha leído los correspondientes derechos del Convenio en clave de mínimos, como un umbral común de valores democráticos mínimos comunes a todos los ordenamientos nacionales europeos, lo que se ha venido denominando como una especie de "orden público europeo". A partir de esa concepción de mínimos, se entiende que cabe una comprensión diversa de tales derechos y libertades en los respectivos Estados miembros, otorgándole a sus órganos judiciales un cierto margen de apreciación en el alcance de tales derechos fundamentales, que conecta con la posición subsidiaria del TEDH respecto de los órganos nacionales[7]. Todo lo anterior desemboca en que, en las más de las ocasiones, la tutela de los derechos fundamentales, incluidos pues los laborales, se produce por parte de los órganos judiciales nacionales. En concreto, que el referente por excelencia en nuestro caso ha de ser el Tribunal Constitucional en su función de instancia de garantía de los derechos fundamentales. Incluso ello viene reforzado por el hecho de que el Tribunal Constitucional cuando

[6] Por todos, STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413.

[7] García Murcia…, Virtualidad en el ordenamiento…, op. cit., pg.2

comienza su andadura, el TEDH tenía una ya dilatada intervención en el control de convencionalidad del Convenio, que es muy tenida en cuenta y valorada por el Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo, la jurisprudencia constitucional en nuestro país integra y asimila desde el primer momento la doctrina del TEDH, haciendo en la generalidad de las ocasiones innecesario acudir a su intervención sucesiva en lo que afecta a las posibles violaciones de tales derechos en nuestro territorio.

A todo lo anterior, se añade el cada vez más acentuado protagonismo que vienen asumiendo las instituciones de la Unión Europea en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, especialmente en su vertiente laboral, con la paralela creciente intervención en este terreno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde esta vertiente, el Tribunal de Luxemburgo tiene la posibilidad de actuar temporalmente con precedencia al Tribunal de Estrasburgo, por un doble motivo procesal relacionado con el diseño de la cuestión prejudicial: de un lado, la cuestión prejudicial se puede presentar en tiempo muy por delante del posible recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, dado que lo plantea cualquier Tribunal desde el instante en que se le susciten dudas respecto de una incompatibilidad entre el derecho nacional y el denominado acervo "comunitario", sin por tanto exigir que exista agotamiento de los recursos internos; de otro lado, por cuanto que el planteamiento de la cuestión prejudicial, aunque es potestativa con carácter general, resulta obligada para el caso de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno. En suma, la inexistencia a día de hoy, por lo que afecta a España, de un a modo de "cuestión prejudicial" ante el Tribunal de Estrasburgo, realza la importancia del Tribunal de Luxemburgo, que provoca como efecto colateral un venir a menos del papel del primero.

Más aún, no sólo se trata de un Convenio que por su contenido se situaba extramuros de lo laboral, sino que por su diseño como clásico Tratado internacional se orientaba a dirigir su mirada a los excesos y violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa y firmantes del Convenio. Dicho de otro modo, el convenio se dirigía a vigilar y controlar el comportamiento de los poderes estatales en sus diversas vertientes (legislativo, ejecutivo, judicial), pero siempre con la mirada puesta en las lesiones de los poderes públicos respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. De ahí, que las sentencias analicen la intervención del poder legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados firmantes del Convenio y, en su caso, vía sentencia declare que la conducta de los respectivos Estados es contraria al Convenio. En esa perspectiva, los actos objeto de análisis eran exclusivamente las conductas del poder público frente a los ciudadanos; en sentido negativo, no entraban de manera directa a analizar las posibles lesiones a los derechos humanos por parte de los particulares, en clave de quedar fuera de su lógica de actuación

la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, algo esencial para la penetración de su garantía en el ámbito de las relaciones laborales. En términos procesales, las partes inicialmente intervinientes en el desarrollo de la actuación del TEDH eran exclusivamente los Estados como victimarios de los derechos fundamentes y en ningún caso los particulares.

Dicho en clave procesal, la parte demandada en el recurso que se interpone ante el TEDH es siempre el Estado firmante del Convenio y nunca un particular, aun cuando la lesión la haya provocado un particular, fenómeno habitual y casi generalizado en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de lo laboral. Dicho de otro modo, el objeto del recurso es una presunta violación por una de las Altas Partes Contratantes (art. 34). Por ello, a pesar de que algún autor se permita la licencia terminológica, el recurso ante el TEDH no puede asimilarse a un recurso de amparo, pues el demandado no es siempre quien de manera inmediata y directa ha lesionado el derecho fundamental desde la perspectiva laboral. Por ello, la sentencia se dirige frente al poder público y no frente a particulares.

Más aún, comoquiera que el particular no integra necesariamente la relación procesal ante el Tribunal, el Convenio no obliga tampoco necesariamente a la revisión de la sentencia dictada en su caso por el Tribunal nacional que agota la vía de acceso al TEDH y pudiera mantenerse tal sentencia como definitiva e inalterable, sin perjuicio de que el Convenio tampoco se opone a dicha revisión. Los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal (art. 46.1), pero se interpreta que ese acatamiento puede producirse de maneras diversas y no necesariamente a través de la anulación de la sentencia que provocó la violación del derecho fundamental. Por ello, se suele entender que del Convenio no deriva que la sentencia del TEDH haya de tener efecto de "cosa juzgada", por mucho que tenga valor de "cosa interpretada"; más adelante retornaremos a la diferenciación entre estas dos categorías y precisaremos el alcance concreto de ambas por lo que afecta al ordenamiento nacional interno.

Finalmente, cierra el círculo de las diferencias con el recurso de amparo el hecho de que, aunque es posible que el TEDH contenga una condena indemnizatoria por daños y perjuicios a la víctima, al particular lesionado en sus derechos, en nuestro análisis compensación indemnizatoria al trabajador, quien debe proceder a abonar dicha cantidad es el Estado miembro, pero no el posible particular (léase en las más de las ocasiones en lo laboral el empleador) que al final con su conducta fue quien limitó o impidió el ejercicio del derecho fundamental en discusión.

2. EL PROCESO EVOLUTIVO DE REFORZAMIENTO: VERTIENTE MATERIAL

A partir del escenario precedente limitativo de las posibilidades de actuación del TEDH en materia laboral, se desarrolla un lento pero irreversible proceso de superación de escollos. Este proceso evolutivo, como se verá al final del presente estudio, a estas alturas se encuentra todavía inacabado, pero en el actual estado permite ya asegurar un espacio de fuerte influencia del Tribunal en materia de garantía de los derechos laborales y sociales, que se augura poder intensificarse en el inmediato futuro.

Este proceso evolutivo se debe a la interconexión de diversos fenómenos que convergen en idénticos resultados, unos productos de cambios regulativos directos sean a nivel internacional o interno en España, otros resultados de unas perspectivas interpretativas por parte del propio Tribunal que amplían como se detallará inmediatamente a continuación el margen de actuación del control de convencionalidad en el ámbito de lo laboral y de lo social. Estos elementos de cambio se sitúan tanto en el terreno sustantivo, relacionado con el alcance de los derechos objeto de tutela por parte del Convenio, como igualmente en el campo procesal de reglas instrumentales del procedimiento que acaban reforzando el valor jurídico del pronunciamiento por parte del TEDH. Procedamos, en estos términos, a desgranar el análisis de las novedades que se han venido produciendo en estas décadas, desde las diferentes perspectivas anunciadas, lo que nos podrá permitir desembocar en lo que falta por hacer y, por ende, identificar cuáles son los retos todavía pendientes en esta materia.

2.1. La eficacia entre particulares de los derechos tutelados

El primer hito en ese proceso evolutivo, de esencial importancia desde la perspectiva laboral, será el reconocimiento de que, no sólo los poderes públicos, sino igualmente los poderes privados se encuentran obligados al respeto de los derechos laborales. Ello va a permitir controlar que el empleador, los agentes económicos y sociales, la negociación colectiva y, en general, el conjunto de los actores privados del sistema de relaciones laborales puedan ser controlados en su actuación presuntamente lesiva de derechos fundamentales. Se trata de una doctrina que tiene su origen en la construcción elaborada por los Tribunales alemanes en la década de los años cincuenta del siglo pasado, que con el paso del tiempo adquiere un elevado consenso en el conjunto de los Tribunales Constitucionales europeos, incluido en parte el Tribunal de Luxemburgo, de modo que hoy en día constituye un criterio unánimemente aceptado cuando menos por lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales.

El TEDH no va a ser ajeno a esa tendencia imparable de reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos reconocidos en el Convenio, por mucho que como tuvimos ocasión de indicar en el apartado precedente el armazón y las filosofía política que dio vida al Convenio en su diseño formal no respondiese a una lógica propia de la eficacia entre particulares.

Resulta curioso que este primer cambio se lleva a cabo en sus primeros momentos sin ser consciente de ello el propio Tribunal, pues lo efectúa con tal naturalidad, que ni siquiera se detiene a justificarlo ni a llamar la atención sobre el importante paso que había efectuado. Así sucede precisamente cuando ya en fechas tempranas el Tribunal aborda las conductas de sindicatos y empresarios pactando, habitualmente a través de la negociación colectiva, cláusulas de seguridad sindical, que imponen al trabajador contra su voluntad a afiliarse obligatoriamente o a abonar la cuota sindical obligatoriamente. Esa perspectiva, que desembocará en una amplia doctrina por parte del TEDH de atención al derecho negativo de afiliación sindical sólo será posible sobre la premisa de considerar que tanto sindicatos como empresarios han de respetar el derecho negativo de afiliación que deriva del Convenio (art. 11), por cuanto que en la práctica totalidad de los supuestos se trata de conductas en las que no interviene el poder público del correspondiente Estado miembro, sino conductas de particulares. Las sentencias de referencia, por tanto, entran directamente a analizar si tales conductas lesionan o no la libertad sindical, sin darse cuenta o cuando menos sin manifestarlo expresamente que ello afecta a conductas entre particulares y no de los Estados frente a los que se interpone la demanda[8]. Ciertamente, la sentencia lo que procede es a analizar directamente si resulta conforme al Convenio la legislación nacional que permite este tipo de cláusulas de sindicación obligatoria, pero no deja de resultar significativo que materialmente lo que está analizando es la corrección de los acuerdos que a estos efectos se producían entre sindicato y dirección de la empresa.

Será más adelante, cuando el propio Tribunal abrirá paso indirecto a la vinculación del contenido de los derechos del Convenio en las relaciones entre particulares, por la vía de manifestar que no nos encontramos ante meras libertades de los ciudadanos que sólo obliga a una actitud negativa de mera injerencia del Estado, de modo que considerará que el hecho de que el Estado se abstenga de vulnerar los derechos garantizados no es suficiente para concluir que ha cumplido con los compromisos que se derivan del Convenio. Dicho de otro modo, el Tribunal establecerá que, además de lo anterior, asumen obligaciones positivas de protección para garantizar la efectividad del derecho. Y, en concreto, tales obligaciones positivas van dirigidas no solo a la relación entre el particular y el Estado, sino también a garantizar que terceros particulares no impiden o vulneran el efectivo derecho reconocido en el Convenio. En definitiva, por la vía de la imposición de las obligaciones positivas a los Estados, les exige a estos

[8] Por todas, la más significativa, STEDH 13 de agosto de 1981, asunto Young, James y Webster.

que establezcan las medidas necesarias al objeto de que el derecho se garantiza también en las relaciones entre particulares. Ello conducirá a afirmar ya de manera expresa que las obligaciones positivas pueden implicar la adopción de medidas en el ámbito de las relaciones entre individuos[9].

Finalmente, la vía a través de la que acaba consolidándose la eficacia entre particulares será indirecta[10], con una técnica interpretativa muy similar a la que elaborará nuestro Tribunal Constitucional para avanzar en el control del respeto a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: entender que en la medida en que el Convenio vincula a todos los poderes públicos de los Estados firmantes, los derechos del Convenio pueden ser violados cuando el poder judicial no garantiza la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares; es el poder judicial de manera inmediata quien contraviene el Convenio, pero lo hace en la medida en que no falla judicialmente contra el particular que ha lesionado dicho derecho.

A estas alturas se puede considerar que constituye doctrina consolidada del TEDH la eficacia entre particulares respecto de la generalidad de los derechos recogidos en el Convenio que puedan tener repercusión en el ámbito de las relaciones laborales. Eso sí, con ello no quedan perfiladas y resueltas todas las consecuencias derivadas de las relaciones entre particulares. En efecto, todo ello conducirá, al igual que lo han venido a hacer todos los Tribunales Constitucionales y el propio Tribunal de Luxemburgo, a una compleja labor de ponderación de la intensidad del reconocimiento de la eficacia entre particulares, pues la misma puede diferir en cada caso en intensidad y llegar a ser de menor alcance que en las relaciones frente al poder público. A tal efecto, jugará un papel relevante el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo del alcance de la eficacia entre particulares, en la medida en que la misma habrá de ponerse en conexión con otros derechos igualmente garantizados por el Convenio. Incluso, el TEDH llegará a afirmar que en esta perspectiva los Estados disponen de cierto margen de apreciación cuando se trata de intervenir en las relaciones interindividuales.

Por último, el reconocimiento de la eficacia entre particulares para su efectividad jurídica va a requerir de su acompañamiento de cierto tipo de reglas procesales, que postergamos su análisis para un momento sucesivo. En todo caso, anticipamos que, comoquiera que el armazón del Convenio no se diseña sobre la premisa de las relaciones entre particulares, ese tipo de reglas procesales, cuando menos en su versión inicial no estaban incorporadas al Convenio, o bien siguen sin incorporarse al mismo por cuanto que su inserción no se lleva a cabo a nivel internacional, sino que queda delegado a la sucesiva actuación por parte de los Estados miembros en el desarrollo de su ordenamiento interno. Tales reglas

[9] STEDH 8 de diciembre de 2009, asunto Aguilera Jiménez; STEDH 26 de julio de 2005, asunto Siliadin.

[10] Cabeza Pereiro, La protección jurisdiccional…, op. cit., pg.101. García Murcia…, Virtualidad en el ordenamiento…, op. cit., pg. 2

procesales resultan imprescindibles, por cuanto su inexistencia puede dejar como mera declaración de principio la eficacia entre particulares, pero sin viabilidad de implementación práctica.

2.2. La extensión material de los derechos protegidos

La operación precedente de incorporación de la eficacia entre particulares de los derechos del Convenio provocará, como efecto derivado, que el TEDH pueda proceder a desbordar el estricto ámbito de los dos derechos laborales específicos del Convenio ya mencionados (prohibición del trabajo forzado y libertad de asociación sindical), para abarcar a lo que habitualmente se conoce en la doctrina española como derechos fundamentales inespecíficos. En otros términos, ello va a permitir una importante extensión material de los derechos protegidos, en la medida en que el TEDH se ha podido introducir en la vertiente laboral de los derechos clásicos genéricos de tutela frente a los abusos del poder privado.

En otros términos, sentencias que logran adentrarse en el ejercicio en las relaciones laborales de derechos fundamentales inespecíficos como son los relativos al derecho a un proceso equitativo (art. 6)[11], al respeto a la vida privada y familiar (art. 8)[12], a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9)[13], a la libertad de expresión (art. 10)[14], al derecho de reunión (art. 11.1)[15], prohibición de discriminación (art. 14 y protocolo 12 del Convenio)[16], protección de la propiedad (artículo 1 del protocolo adicional de 1952).

Más allá de lo anterior, en la doctrina del TEDH ha permeado la construcción relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas progresivamente elaborada y consolidada por parte de otras instancias judiciales que, en la cúspide de sus respectivos ordenamientos jurídicos, asumen la interpretación y tutela de estos singulares derechos. De este modo, se materializa con notable intensidad canales de doble circulación de lo que ha venido en denominarse pluralismo

[11] Sobre el particular, el estudio en este número de la revista, de M. N. Moreno Vida, sobre el derecho a un proceso efectivo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[12] Sobre el particular, los estudios en este número de la revista de C. Molina Navarrete, sobre el derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional, así como de F. Navarro Nieto, sobre El derecho al respecto de la correspondencia del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[13] Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de Santiago González Ortega, sobre libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[14] Sobre el particular, el estudio de C. Sáez Lara, en el presente número de la revista, sobre La libertad de expresión de los trabajadores y protección de los denunciantes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[15] Sobre el particular, el estudio de E. Garrido Pérez, en el presente número de la revista, el derecho de reunión desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[16] Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista de J. L. Monereo y P.G. Ortega Lozano, sobre la prohibición de discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

constitucional, que provoca una protección multinivel de los derechos laborales fundamentales, en este caso a través de un triángulo virtuoso: Tribunales constitucionales nacionales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos[17].

A mayor abundamiento, ello se ha efectuado de manera complementaria a través de la interiorización progresiva por parte del TEDH de la doctrina de otras instancias internacionales especializadas en la interpretación de los derechos laborales, que han propiciado una lectura extensiva de los derechos contemplados en el propio Convenio. Así, ante todo, el Tribunal ha asumido, determinada doctrina que con el paso del tiempo ha ido elaborando y consolidando el Comité Europeo de Derechos Sociales en su interpretación de la Carta Social Europea. A partir de ese momento, comienzan a establecerse importantes vasos de comunicación entre la interpretación de la Carta y su posible recepción en el Convenio por vía de los específicos derechos insertos en el mismo. El hecho indiscutible de que el Convenio posee una eficacia jurídica de superior vinculabilidad a los Estados miembros por la expresa declaración del obligado acatamiento de las sentencias del Tribunal (art. 46) que no se produce con idéntica intensidad respecto de las conclusiones y decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales, otorga un plus de valor y de efectividad a esta operación del Tribunal de asunción de la doctrina del Comité, por vía de su integración en el proceso de razonamiento y de fundamentación jurídica de sus sentencias.

Ello se ve reforzado igualmente por el proceso, igualmente perceptible con el paso del tiempo y cada vez más recurrente, de que el TEDH proceda a hacer uso de la doctrina tanto del Comité de libertad sindical como del Comité de Expertos de la OIT en su labor de interpretación de sus Convenios, trasladada a la interpretación de la vertiente laboral de los derechos recogidos en el propio Convenio europeo.

Todo lo anterior ha propiciado una lectura extensiva del contenido de los derechos contenidos en el Convenio, lo que a su vez ha permitido un juego mucho más amplio de su texto. De un lado, ese juego más amplio se ha producido a través de una lectura realista, por ende no formalista ni apegada a la literalidad de su redacción, lo que ha desembocado en una comprensión actualizada de tales derechos, interpretada en el contexto de la realidad contemporánea en la que se ejercen y pueden limitarse de manera grave los derechos aquí analizados[18]. Se entiende que el Convenio debe interpretarse y aplicarse de forma que sus garantías sean concretas y efectivas, y no sólo teóricas e ilusorias. Asimismo el TEDH se ha referido al carácter "vivo" del Convenio, que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales y que, por tanto, ha de tener en cuenta la evolución de las normas de Derecho Nacional e Internacional. De otro lado, ese juego más amplio se ha verificado a resultas de una interpretación finalista de la

[17] Por todos en el ámbito de lo laboral, F. Valdés Dal-Ré, El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras, Bomarzo 2016.

[18] García Murcia…, Virtualidad en el ordenamiento…, op. cit., pg., pg. 2.

tutela de esos derechos, que se ha concretado en una ampliación de tales derechos por conexión con los intereses legítimos que se entiende que deben ser tutelados por medio de los derechos reconocidos en el texto del Convenio.

Sin voluntad de ser exhaustivos al respecto, pues no es el objeto central del presente trabajo, baste con señalar a estos efectos los ejemplos típicos de ese proceso expansivo material del juego práctico aplicativo de los derechos reconocidos en el Convenio y que, vía los precedentes métodos interpretativos, han permitido una ampliación de las esferas de intervención del TEDH, que ha desembocado en una ampliación de su tutela en lo que afecta a los derechos fundamentales laborales: el modo como se extiende la comprensión del alcance de la prohibición del trabajo forzoso a realidades conectadas con la trata de seres humanos donde el consentimiento de la víctima se llega a considerar como irrelevante o la incorporación vía esta prohibición igualmente del trabajo de menores[19]; una lectura del derecho a la vida privada y familiar que se extiende al ámbito de la actuación del trabajador en el seno de la empresa, con especial atención a las prácticas invasivas por parte de las tecnologías de la información y las comunicaciones, lo sea a través de servicios de mensajerías en redes sociales[20] o bien del uso de instrumentos de videovigilancia[21], intervención sobre el ordenador y consultas a internet por el trabajador[22], al extremo incluso de llegar a entender que en algún caso los efectos negativos de un despido inciden sobre la vida privada del trabajador; la conexión entre la libertad de expresión y la garantía de indemnidad frente a posibles represalias[23]; una lectura del derecho de propiedad extensiva a derechos subjetivos prestacionales que da pie a la incursión por parte del Tribunal en la garantía de ciertas actuaciones arbitrarias o abusivas restrictivas de derechos en el ámbito de la Seguridad Social[24], o bien incluso al cobro efectivo de salarios debidos por vía de ejecución de sentencias[25].

[19] STEDH 26 de julio de 2005, asunto Siliadin. Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de S. Olarte Encabo, sobre la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso desde la perspectiva laboral en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[20] STEDH, Gran Sala, 5 de septiembre de 2017, asunto Barbulescu, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608. Sobre el particular, J. Cabeza Pereiro, El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH, en Temas Laborales 141 (2018), pgs. 13 ss.

[21] STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413.

[22] STEDH 30 de mayo de 2017, asunto Trabajo Rueda.

[23] STEDH 27 de febrero de 2018, asunto Guja, ECLI:CE:ECHR:2018:0227JUD000108510. STEDH 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo. Para sus límites y proporcionalidad, STEDH 12 de septiembre de 2011, asunto Palomo Sánchez. STEDH 14 de marzo de 2002, asunto De Diego Nafria.

[24] STEDH 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz; STEDH 26 de abril de 2018, asunto Čakareví, ECLI:CE:ECHR:2018:0426JUD004892113. Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de C. Sánchez-Rodas Navarro, sobre el derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[25] STEDH 1 de diciembre de 2009, asunto Kchachatryan.

El ejemplo más elocuente de traslación de la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra en el importante proceso evolutivo en la interpretación del alcance del derecho de libertad sindical por parte del TEDH, en términos tales que progresivamente le va otorgando un perfil de estricta autonomía respecto del genérico derecho de asociación. Ese rasgo de autonomía de la libertad sindical va a desembocar sobre todo en el hecho de que la misma se la conciba más allá de un mero derecho en la mera vertiente organizativa, para adentrarse en el terreno de los derechos de acción sindical[26]. Esa operación será la que permitirá interpretar, en la misma orientación de nuestro Tribunal Constitucional, que forman parte también del reconocimiento del derecho de libertad sindical los típicas medidas de acción sindical, en particular que constituye un "elemento esencial" de la misma el derecho de a la negociación colectiva[27]. Suerte diversa ha recibido el reconocimiento del derecho de huelga, que no ha llegado a considerarse como elemento esencial de la libertad sindical y, por tanto, se ha admitido su posible restricción, si bien lo haya sido en relación a supuestos algo singulares como son los relativos a la huelga de las fuerzas y cuerpos de seguridad[28], o bien en relación con la justificación de la prohibición de las huelgas de solidaridad[29]; aunque en otras ocasiones se ha considerado contraria al derecho de asociación sindical una prohibición generalizada del derecho de huelga respecto de los empleados públicos, en cuanto que se considera como una medida desproporcionada[30].

2.3. El carácter de órganos especializados en la tutela de los derechos fundamentales

Tampoco debe pasar inadvertido el hecho de que el TEDH tenga por exclusiva misión el control de convencionalidad en relación con un texto internacional orientado exclusivamente a la tutela de los derechos humanos. Esa circunstancia le hace que no sólo su actividad se oriente en exclusiva hacia la garantía de tales derechos, sino que su enfoque sea de especial sensibilidad hacia la salvaguarda en todas sus vertientes de los derechos fundamentales. Por entender mejor lo que queremos decir con ello, la actividad del Tribunal en este caso no debe ser

[26] Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de S. de Soto Rioja, El derecho de asociación y de libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[27] STEDH 12 de noviembre de 2008, asunto Demir y Baykara, incluso referido en este caso a una negociación colectiva que afecta a funcionarios públicos, eso sí con la advertencia de que en estos casos pueden establecerse "restricciones legítimas" que puede ser necesario imponer a los "miembros de la Administración del Estado" en el sentido de lo permitido por el art. 11.2 del Convenio.

[28] STEDH 21 de abril de 2015, asunto Ertzainas.

[29] STEDH 8 de abril de 2014, asunto National Union of Rail, Maritime and Transport Workers. Sobre este último, el estudio en el presente número de la revista, de F. Durán López, sobre el derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[30] STEDH 21 de abril de 2009, asunto Enerji Yapi-Yol.

compartida con otras funciones adicionales, como en cambio sucede con otros Tribunales ya mencionados que conforman el triángulo que hemos denominado virtuoso de la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales. En el caso de los Tribunales Constitucionales, compartida con el misión mucho más amplia de ser garante del conjunto del sistema político al máximo nivel, con especial atención al control de los poderes legislativos y judiciales en las competencias que les son asignadas, incluso en algunos casos con la delicada comprobación del equilibrio político del juego de la presencia de diversos poderes en el marco de los Estados complejos federales o asimilados a éstos. En el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, compartida con la condición de instancia de interpretación general del conjunto del ordenamiento jurídico de la Unión, no exclusivamente del referido a los derechos fundamentales.

Lo anterior, desde luego le otorga un plus de especialización en el campo del garantismo de los derechos fundamentales, lo que le permite abarcar con un superior conocimiento de causa las dificultades interpretativas y aplicativas de los referidos derechos, convirtiéndose en un auténtico especialista en la materia.

Pero es más, aunque este otro asunto pueda resultar mucho más espinoso y delicado desde la perspectiva que estamos analizando, desde esa posición el Tribunal involuntariamente acaba asumiendo una mayor sensibilidad por la garantía de los derechos fundamentales. Se trata de una perspectiva especialmente relevante cuando el análisis del disfrute en la práctica de estos derechos puede entrar en colisión con otros derechos subjetivos o intereses legítimos que de manera directa no son tutelados vía la relación de derechos elevados al rango de fundamentales. Ello conduce en reiteradas ocasiones al TEDH a calificar algunos de los derechos reconocidos en el Convenio como absolutos, que no admiten restricciones o limitaciones de tipo alguno, mientras que por contraste los otros Tribunales suelen adoptar una lectura mucho más integrada en el conjunto del ordenamiento jurídico objeto de control en el marco de sus competencias, lo que les aboca a entender que casi ningún derecho tiene el carácter de absoluto, pues en cada caso siempre debe ponderarse conforme al principio de proporcionalidad en conexión con la tutela de otros derechos e intereses legítimos. Probablemente con excepción del derecho a la vida, los otros Tribunales tienden de manera generalizada a efectuar una lectura de equilibrio de intereses y de derechos, a resultas del modelo político y socioeconómico prevalente en el ordenamiento jurídico que toma como referencia.

En la materia que estamos abordando, ello adquiere especial trascendencia en el contraste de sensibilidades comparativas entre Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, el primero de los Tribunales necesariamente tiene que partir como referencia de que los objetivos originarios del proyecto europeo y todavía hoy en día el pilar sobre el que se asienta el mismo no es otro que el desarrollo y tutela

de las grandes libertades económicas que permiten la construcción hoy en día del Mercado único. Ello ciertamente, con el paso del tiempo, no lo hace incompatible con que el Tribunal de Luxemburgo asuma igualmente un rol destacado en la tutela de los derechos fundamentales, especialmente a partir de la elevación al rango de derecho originario de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pero, tampoco puede ocultarse que ello se realiza sin romper el cordón umbilical de basamento del proyecto europeo de garantía de las grandes libertades económicas. Por ello, no puede extrañarnos que la aproximación a un mismo asunto pueda ser diversa en la lectura acometida por ambos Tribunales: el de Luxemburgo más escorado a efectuarlo desde una sensibilidad proclive a realzar los derechos económicos frente a los fundamentales, en tanto que el de Estrasburgo sin ese freno directo y por tanto más sensible a reforzar las consecuencias del reconocimiento de los derechos fundamentales sin las ataduras derivadas de los condicionantes económicos que puedan pesar en una declaración de violación de un derecho fundamental. Mientras que la libertad de empresa no aparece reconocida de manera directa y expresa en el texto del Convenio a interpretar por el Tribunal de Estrasburgo, la misma se convierte en el referente por excelencia en el ordenamiento de la Unión Europea vía las libertades de circulación, la libertad de establecimiento, así como la protección frente a las distorsiones de la competencia mercantil.

Como toda valoración abstracta en este terreno, siempre acaba siendo simplificadora, de modo que la conclusión precedente debe ser necesariamente matizada, pues ello no puede entenderse en el sentido de que el Tribunal de Estrasburgo en sus razonamientos jurídicos sea ajeno a las consecuencias derivadas de una interpretación jurídica necesariamente compleja que necesariamente tiene que tener como instrumento esencial de trabajo el principio de proporcionalidad; principio de proporcionalidad que se convierte en el vehículo a través del cual se acaban ponderando de manera equilibrada derechos sociales y derechos económicos en el ámbito de las relaciones laborales.

En concreto, el TEDH no dejará de acudir al reconocimiento del derecho de la propiedad como vía a través de la cual se toman en consideración los condicionantes derivados de la necesaria toma en consideración de los poderes organizativos del empleador y, en qué medida, los mismos deben tenerse en cuenta a la hora de tutelar los derechos fundamentales laborales en el ámbito de las relaciones laborales. Ello desembocará en que el TEDH, a semejanza de cómo hacen los otros dos grandes Tribunales, acabará reconociendo que los derechos fundamentales laborales, especialmente cuando amplían su tutela por vía de la eficacia entre particulares de los mismos, deben soportar las obligadas limitaciones derivadas del derecho de la propiedad y, con el mismo, de los poderes organizativos de los empresarios.

Eso sí, por hacer el balance final de precisiones, todo lo anterior no desmiente la conclusión de partida, pues el peso de esos condicionantes derivados de las libertades económicas se advierte no es de igual intensidad según el Tribunal objeto de consideración: se detecta a estos efectos como en el Tribunal de Estrasburgo mantiene la sensibilidad prevalente a la que hemos hecho referencia al inicio de este trabajo, del mismo como que se constata otro tanto pero en sentido opuesto respecto de la sensibilidad prevalente en el Tribunal de Luxemburgo.

Lo anterior incluso puede llevar y, de hecho, se detecta que en la práctica conduce a determinadas estrategias procesales orientadas a evitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo y favoreciendo la correspondiente del Tribunal de Estrasburgo. En efecto, sin ser expreso, se intuye que la actuación de la defensa judicial de los demandantes en ocasiones eluden proponer el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo que, a la vista de los precedentes existentes, auguran serían contrarios a los intereses de sus clientes, en tanto que tienen mejores expectativas respecto de la posible respuesta por parte del Tribunal de Estrasburgo, de modo que esperan a agotar todos los recursos internos posibles para poder acudir al TEDH. Y lo hacen, evitando el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, pues de lo contrario dificultaría el posterior pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, que tendría que ser expresamente contrario al menos para satisfacer los intereses procesales de quien acciona, en tanto que sería menos traumático o conflictivo con un pronunciamiento por parte del TEDH sin haberse pronunciado con anterioridad sobre el caso concreto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. EL PROCESO EVOLUTIVO DE REFORZAMIENTO: VERTIENTE PROCESAL

3.1. La fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal

La mayor singularidad del Convenio a primera vista se encuentra en el contenido material de la recepción de un conjunto de derechos humanos que se comparten como elementos comunes, tanto en clave jurídica como de valores, por la práctica totalidad de los Estados europeos, justamente como una decisiva seña de identidad de defensa conjunta de los principios democráticos. Sin embargo, esto puede ser algo que en gran medida deriva de la generalidad de los textos constitucionales o declaraciones de derechos fundamentales en el ordenamiento nacional interno de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, limitándose el Convenio a dar fe de una realidad previa en el marco jurídico nacional, consolidándolo a nivel internacional y, con ello, introducir una llave de cierre que impida amenazas de retroceso o marcha atrás en la defensa de estos derechos y valores.

Por contraste, lo que sí que presenta un valor añadido indiscutible es la vertiente procesal o procedimental del Convenio, que no está presente en otros textos internacionales relativos a derechos humanos o, por ser más precisos, no lo está con el grado de intensidad y profundización al que se llega en este caso. En definitiva, como sucede en muchos otros ámbitos del derecho, lo menos brillante es al final lo que más reluce; lo menos brillante son las reglas de carácter procesal, pero sin embargo son las más trascendentes al final desde la perspectiva de los resultados prácticos. Las reglas procesales al final en este terreno son las que acaban convirtiendo en decisivo el Convenio.

En concreto, lo importante del Convenio acaba siendo la institucionalización del TEDH, que formaliza en todos sus términos un estricto control de convencionalidad de los derechos fundamentales reconocidos en el mismo. Y, en particular, lo más importante es que se trate de un Tribunal con capacidad de dictar sentencias, que declaren una violación de un derecho tutelado en el caso concreto, adquieren fuerza obligatoria para los Estados que han actuado en contra del mencionado derecho. Por tanto, que las Altas Partes contratantes se comprometen, a resultas de la ratificación del convenio, a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes (art. 46).

En una lectura del Convenio como Tratado internacional, la mayoría de la doctrina viene a considerar que las sentencias dictadas por el TEDH tienen un mero valor declarativo[31]. Lo suelen entender, desde la perspectiva en que la sentencia no condena en concreto al Estado que ha sido parte y, por añadidura, el Tribunal no ostenta facultades directas de hacer ejecutar lo juzgado, como se atribuye a cualquier órgano judicial internacional sustentado sobre un principio de división de poderes.

Frente a ello, la lectura precedente puede ser correcta desde una interpretación aislada del texto del Convenio como Tratado internacional. Pero tal consideración de la sentencia del TEDH como meramente declarativa deviene no tan acertada si la misma y, en particular, la atribución de fuerza obligatoria del Convenio, se ponen en conexión con el ordenamiento interno español. Una interpretación integrada del Convenio con el ordenamiento interno español, nos conduce por el contrario a entender que las sentencias del TEDH tienen el carácter de sentencia de condena a todos los efectos e incluso pueden llegar a tener valor equivalente al de título ejecutivo, por mucho que la ejecución de la sentencia no corresponda al TEDH sino a los órganos judiciales nacionales.

Dicho muy telegráficamente, el hecho de que el Convenio como Tratado internacional en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de su ratificación y publicación oficial, pasa a formar parte del ordenamiento interno (art. 96 CE), proporciona mucho mayor alcance a la declaración de fuerza obligatoria y debido

[31] García Murcia…, Virtualidad en el ordenamiento…, op. cit., pg. 4. Martínez Miranda, Jurisprudencia social…, op. cit., pg. 5.

acatamiento de las sentencias del TEDH. A mayor abundamiento, el hecho de que nuestro texto constitucional declare expresamente que las normas relativas a derechos fundamentales se han de interpretar conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), conduce a reforzar dicha vinculabilidad procesal en el sentido estricto del término. En la medida en que se instituye al TEDH como el mecanismo de control de convencionalidad del texto internacional, se le convierte en el intérprete auténtico de los derechos reconocidos en el Convenio, de modo que para nuestro ordenamiento interno el Convenio no sólo se convierte en orientador de la interpretación, sino que las sentencias del TEDH se convierten en el intérprete auténtico del alcance de estos derechos en el caso concreto.

En ese contexto la discusión acerca de si el Convenio se ha ratificado con fundamento en el art. 93 CE (atribución de competencias constitucionales a instancia internacional, es decir, cesión de soberanía) o en el art. 94 CE (Tratados que afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución), si bien en su arranque podría situarse más en el ámbito del segundo de los preceptos, con la evolución que ha tenido tras sucesivas reformas su texto y su implementación por parte del ordenamiento nacional interno lo acaban decantando más a situarse en el ámbito del primero de los preceptos[32]. En efecto, a partir del análisis que haremos a continuación, del que deriva la eficacia de cosa interpretada de las sentencias del TEDH, la adicional eficacia de cosa juzgada de tales sentencia e incluso la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias al Estado español que debe abonar al particular lesionado, todo confluye en que por todas estas vías se ha acabado atribuyendo a una institución internacional (el TEDH) el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Dicho de otro modo, el Convenio como tal en su origen no abocaba a ese resultado, pero acumulado los cambios que ha experimentado el mismo con el paso del tiempo junto al modo como ello se ha materializado a día de hoy en nuestro ordenamiento interno, acaba desembocando en este resultado. En definitiva, a resultas de ambos elementos jurídicos –cambio del texto del Convenio y desarrollo por parte del ordenamiento interno– se le acaba atribuyendo desde la perspectiva española al TEDH competencias estrictas de ejercicio de actividad jurisdiccional, constitucionalmente atribuidas a los órganos judiciales instituidos por el propio texto constitucional (arts. 117 CE). Un precepto como es el art. 93, esencialmente concebido en su origen para permitir la en su momento ya prevista incorporación a las instituciones de la Unión Europea, puede entenderse que no se agota en ese terreno y ha permitido también que el TEDH haya acabado asumiendo funciones jurisdiccionales en el sentido estricto del término como pasamos a justificar a continuación.

[32] Con referencia a tal debate, Rodríguez Boente, 83 argumentos…, op. cit., pgs.99 ss.

3.2. La eficacia de cosa interpretada

La primera diferenciación que se suele hacer en esta materia es la de distinguir entre efectos de cosa interpretada y efectos de cosa juzgada, en su inicio para afirmar que las sentencias del TEDH gozaban de eficacia de cosa interpretada pero no de cosa juzgada[33]. La eficacia de cosa interpretada tendría un valor de futuro, en tanto que la de cosa juzgada lo tendría de pasado. En concreto, el efecto de cosa interpretada comporta que el Tribunal a través de sus sentencias ha asentado una doctrina acerca del sentido y alcance del ejercicio de un determinado derecho, doctrina que se convierte en la interpretación auténtica del Convenio, que debe ser asumida como de obligado respeto para sucesivos asuntos de similares características que deban ser enjuiciados por los órganos judiciales competentes. Por eso, hablamos de valor de futuro, en cuanto que condiciona los futuros pronunciamientos de los Juzgados y Tribunales del orden social en nuestro sistema nacional en la correspondiente materia.

La eficacia de cosa interpretada, de este modo, se convierte en la primera manifestación de la fuerza obligatoria de las sentencias establecida en el Convenio (art. 46.1) y, dentro de nuestro ordenamiento como ya hemos indicado, deriva directamente de la previsión contenida en el texto constitucional, en el sentido de que las normas relativas a derechos fundamentales se han de interpretar conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE).

Más aún, la eficacia de cosa interpretada se encuentra perfectamente delineada en nuestro sistema procesal laboral, al fijar el modo cómo puede controlarse que efectivamente se respeta de manera efectiva. En concreto, entre nosotros rige la regla de que puede interponerse un recurso de casación por unificación de doctrina, alegando como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos generales referidos a la pretensión de tutela de tales derechos (art. 219.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS). Es claro que esa referencia genérica a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos va directamente referida al Convenio y a las sentencias del TEDH. Varios comentarios aclaratorios son oportunos en relación con lo establecido en el precedente precepto.

Debe destacarse que dicho precepto no se limita a dar cumplimiento al compromiso asumido por España con la ratificación del Convenio (art. 46.1), sino que va más allá de ello en la línea marcada por nuestro texto constitucional (art. 10.2). No debe pasar inadvertido que el Convenio de manera expresa sólo establece la fuerza obligatoria de acatamiento de las sentencias del Tribunal "en

[33] García Murcia, Virtualidad en el ordenamiento…, op. cit., pg. 9

los litigios en que sean partes" los correspondientes Estados miembros. Dicho en sentido negativo y de manera específica, conforme a esta regla, España sólo estaría obligada a acatar sentencias en las que la demanda se haya dirigido contra nuestro país, pero no para las que se haya dictado respecto de otros países. Es claro que esta diferenciación no se contiene en la norma procesal laboral española, que se refiere genéricamente a la doctrina establecida por las sentencias del TEDH, con independencia de que refieran o no a asuntos en los que fue demandada España, por lo que es indudable que cabe alegar cualquier sentencia del Tribunal para interponer el recurso de casación. Este criterio ampliatorio, aunque no viene impuesto por el Convenio, tampoco se opone al mismo. Más aún, razones de economía procesal convierten en muy oportuna esta fórmula extensiva de la norma española, ya que de concurrir los elementos de identidad en las conductas objeto de enjuiciamiento con un asunto de otro país, si los órganos nacionales no atendieran la doctrina del TEDH el asunto daría pie a presentar la demanda ante este Tribunal, que por coherencia de su doctrina la reiteraría. Con ello se evitan dilaciones indebidas del proceso, cuando puede asegurarse cuál va a ser el fallo final y, por ello, hablamos de razones de economía procesal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no nos encontramos ante un auténtico recurso para la unificación de doctrina, por mucho que procedimentalmente el legislador haya decidido canalizarlo por esta vía. En este caso el recurso tiene más concomitancias con la casación ordinaria que con la casación unificadora, por dos motivos básicos. Primero, que la casación no precisa de la búsqueda de una segunda sentencia de contraste dictada por órgano judicial nacional que se haya pronunciado en sentido inverso, sino que basta con tomar como referencia la contradicción entre la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia y la doctrina del TEDH. Segundo, hecho más relevante, en estos casos la sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado (art. 219.2 LRJS). Dicho de otro modo, el razonamiento de la sentencia en estos casos se tiene que limitar a lo que viene a ser la primera fase del análisis de la casación unificadora; es decir, se tiene limitar a comprobar si efectivamente a la vista de los hechos concurrentes se aprecia la presencia o no de la contradicción, entre la sentencia del TSJ y la doctrina del TEDH; pues caso de que constate dichas contradicción, está abocada a dictar una sentencia estimatoria de la casación, sin que le quepa margen alguno para valorar cuál es la doctrina correcta, come es técnica típica de la casación unificadora, dado que ésta siempre será la del TEDH. Dicho de otro modo, la doctrina unificada ya ha sido dictada por el TEDH, pues su sentencia goza de eficacia de cosa interpretada, y el Tribunal Supremo se tiene que limitar a acatar la sentencia del TEDH, siendo su único margen de apreciación constatar si efectivamente hay o no identidad entre los hechos objeto de la sentencia del TSJ y los correspondientes del TEDH.

Eso sí, en hipótesis nada impediría que el recurso de casación por unificación de doctrina así interpuesto incorporase varios motivos de impugnación; es decir, que junto al precedente de contradicción con la doctrina del TEDH, se aleguen otros relativos a la contradicción habitual con otras sentencias de órganos judiciales nacionales, sin que exista impedimento alguno para esta fórmula de motivación múltiple o acumulada en la medida en que puede tratarse de un proceso donde no concurra la sumariedad cualitativa sólo exigida para modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales (art. 178.1 LRJS). Lógicamente en estos últimos casos, por lo que afecta a las otras motivaciones el TS sí que adoptaría su habitual técnica de doble análisis: concurrencia efectiva de la contradicción y determinación de la doctrina correcta.

Para cerrar el comentario de este precepto, precisar lo que quiere decir el legislador cuando exige que, como requisito de admisibilidad a trámite del recurso, se deben cumplir los presupuestos generales referidos a la pretensión de tutela de tales derechos (art. 129.2 LRJS). A nuestro juicio ello supone exclusivamente que desde el punto de vista procedimental las sentencias a impugnar deben ser las dictadas en suplicación por las salas de lo social de un TSJ.

En esas condiciones, habría que preguntarse si existe algún tipo de procedimiento asimilado de control de la convencionalidad interna, en su vertiente de garantía de la eficacia de cosa interpretada, respecto de las sentencias y resoluciones dictadas en instancia por las salas de lo social de los TSJ, así como de las igualmente dictadas en instancia por la sala de lo social de la Audiencia Nacional, a las que no les resultan de aplicación los preceptos relativos al recurso de casación para la unificación de doctrina. Recordar que para la impugnación de este tipo de resoluciones lo que procede es la interposición del recurso de casación ordinario (art. 206 LRJS). A nuestro juicio, la respuesta sería afirmativa, por cuanto que sería posible interpretar que cabría motivar la impugnación por infracción de la "jurisprudencia" que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 207 e LRJS). Una interpretación sistemática de este precepto con el ya analizado respecto de la específica motivación de la casación unificadora (art. 219.2 LRJS), nos llevaría a entender que para éste último precepto la doctrina del TEDH también es jurisprudencia, pues goza de eficacia de cosa interpretada, y carecería de toda lógica jurídica que no tuviese también la condición de jurisprudencia para la casación ordinaria cuando la tiene para la casación unificadora. Por lo demás, es cierto que cuando conocen en instancia TSJ y Audiencia Nacional lo hacen respecto de pretensiones relativas a conflictos colectivos, pero ello tampoco puede constituir un obstáculo por cuanto que es posible que la lesión del derecho o libertad tutelado por el Convenio sea de carácter colectivo, al mismo tiempo que el propio Convenio contempla la hipótesis de que el demandante ante el TEDH puede ser una organización no gubernamental o grupo de particulares

(art. 34), como es propio de los procesos de conflictos colectivos y no sólo una persona física como es propio de las pretensiones individuales.

Por último, aunque no exista una previsión expresa para la posible actuación por parte de nuestro Tribunal Constitucional, ha de tenerse en cuenta que el juego combinado de los ya mencionados preceptos del Convenio (art. 46.1) y del texto constitucional (art. 10.2 CE) constituyen el fundamento general de la eficacia de cosa interpretada que también alcanzaría al Tribunal Constitucional. En definitiva, éste también lo deber acatar en la resolución de los posibles futuros recursos de amparo que se le presenten con esta motivación; así lo hace efectivamente en la práctica y, de lo contrario, arriesga a que sus resoluciones sean objeto de demanda ante el TEDH.

3.3. La eficacia de cosa juzgada y reglas de legitimación procesal

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que mientras que las sentencias del TEDH gozan de eficacia de cosa interpretada, sin embargo conforme al Convenio a las mismas no se les tiene que atribuir eficacia de cosa juzgada. La eficacia de cosa juzgada en estos casos la tendría la sentencia dictada por los diferentes órganos judiciales nacionales internos contra la que se interpone la demanda ante el TEDH. La resolución del órgano judicial interno sería ya firme e inatacable su fallo, por mucho que la sentencia del TEDH tuviera fuerza obligatoria. En estos términos sería posible establecer el símil con las categorías procesales nacionales, la sentencia del TEDH resolvería un a modo de "recurso en interés de la ley", pues tendría eficacia de cosa interpretada pero no de cosa juzgada; tendría efectos vinculantes de futuro, pero no podría tener impacto de pasado sobre el litigio ya resuelto por medio de una sentencia firme por parte del órgano judicial interno.

Entre las razones que avalarían la negación de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH se encontrarían resumidamente las siguientes: encontrarnos ante un Tribunal de naturaleza internacional que no supranacional, el carácter declarativo de la sentencia que no de condena de la misma, el hecho de que la parte demandada es el Estado miembro y para los casos laborales de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales no lo es el empleador o el particular victimario, la previsión de una posible sanción pecuniaria impuesta al Estado miembro por vía del arreglo equitativo previsto en el Convenio que analizaremos posteriormente que compensaría al perjudicado o dañado por la violación del derecho humano o libertad pública que actuaría como compensación por la ausencia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH y por ende por el mantenimiento de la firmeza de la sentencia dictada por el órgano judicial interno.

A resultas de todo lo anterior, la doctrina del TEDH viene declarando que la fuerza obligatoria de sus sentencias prevista en el Convenio se puede materializar

por diversas vías, que quedan a criterio de cada ordenamiento nacional interno, considerando que ello no exige necesariamente que la fuerza obligatoria desemboque en atribuir eficacia de cosa juzgada a sus sentencias. Igualmente, nuestro Tribunal Constitucional inicialmente se ha pronunciado en la misma línea.

Eso sí, con el paso de tiempo también en esta materia el panorama jurídico ha ido evolucionando, de modo que progresivamente se ha detectado que existe una cierta incoherencia entre un pronunciamiento claro por parte del TEDH de violación de un derecho reconocido en el Convenio y el hecho de que ello no tenga repercusión material sobre el sujeto lesionado.

El primer paso evolutivo se verificó a partir del momento en el que una reforma del Convenio, que entró en vigor a finales de 1998, condujo a que también sujetos particulares, una persona física, pudiera presentar una demanda ante el Tribunal (art. 34). Si esta ampliación de la regla de legitimación activa se conecta con el proceso ya analizado del reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, conduce a una cierta percepción de cierta incomprensión por parte de la ciudadanía de que todo ello al final no altere la situación de hecho o la conducta que ha provocado la lesión del derecho.

Para ser más precisos, aunque hemos indicado que la eficacia de cosa juzgada se orienta hacia el pasado, hacia las conductas ocasionaron la lesión del derecho o libertad, lo cierto es que tales conductas pueden seguir teniendo proyección de presente, incluso de futuro. Por ello, la percepción de incomprensión se puede acentuar en estos casos en los que se mantendría la cosa juzgada firme de la sentencia del órgano judicial interno. Ha de tenerse muy presente que conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, en consonancia con la de otros Tribunales de idénticas características, debe tenderse al resarcimiento '*in integrum*' del derecho fundamental lesionado, cosa que sólo se logra con la declaración de nulidad radical a todos los efectos de la conducta lesiva y, en particular la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (art. 182 LRJS). Por todo ello, el mantenimiento de la firmeza de la cosa juzgada de la sentencia del órgano judicial interno provoca un reproche de injusticia material que habría que valorar la posibilidad de que el ordenamiento jurídico lo atendiese.

A tal efecto, debe señalarse que, aunque la doctrina del TEDH y de nuestro propio TC es que la fuerza obligatoria de las sentencias del primero no impone su eficacia de cosa juzgada, en los mismos términos el Convenio no impide ni prohíbe que el ordenamiento interno de cada Estado miembro vaya más allá de los compromisos internacionales asumidos por la ratificación del Tratado. En concreto, que lo anterior no se opone a que la legislación española pueda incorporar la eficacia de cosa juzgada de las sentencias del TEDH.

Y precisamente esto es lo que se ha llevado a cabo a través de la reforma en 2015 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en delante LOPJ). En efecto, conforme a la misma se prevé la posibilidad de que a resultas de las sentencias del TEDH se pueda interponer un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, por medio del cual éste proceda a corregir la sentencia que fue objeto de la demanda ante el TEDH: "Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión"[34].

Varios breves comentarios a la presente novedad.

Es claro que, al tratarse de un recurso de revisión, la sentencia que se dicte tiene capacidad de alterar el fallo de la sentencia revisada, de modo que se rompe con la firmeza de la sentencia recurrida y, con ello, se abre paso a otorgar indirectamente efectos de cosa juzgada a la sentencia del TEDH.

A los efectos que nos interesa destacar por el objeto de nuestro estudio, el precepto va referido expresamente a todos los órdenes jurisdiccionales y, por tanto, también afecta a las sentencias dictadas por el orden social de la jurisdicción. En estos términos, resulta indiferente que no se haya modificado el precepto específico relativo al recurso de revisión en el orden social (art. 236 LRJS), por cuanto que el mismo se limita a remitirse a los motivos de revisión contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), norma esta última que sí ha sido actualizada. Esa actualización se limita a incorporar esta novedad, transcribiendo prácticamente de manera literal lo señalado previamente respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el único añadido de que la sentencia no puede "perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas"[35].

De otro lado, la dicción del precepto no es de admisión universal de la revisión de la sentencia. La misma tiene un carácter restringido, sólo en esa perspectiva de que la sentencia a revisar no sólo puede tener efectos de pasado, sino como ya hemos advertido también es posible que sus efectos persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Por mencionar el ejemplo más típico en el ámbito laboral, si la conducta lesiva del derecho o de la libertad se materializó a través de un despido, es posible que el trabajador no haya

[34] Art. 5 bis Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por el apartado 3 del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio).

[35] Apartado 2 del art. 510, añadido por la disp. final 4ª. 13 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio).

retornado a su puesto de trabajo, mientras que tal reposición al momento anterior es propio de las sentencias de condena por lesión de derechos fundamentales en la lógica de lograr la restitución '*in integrum*' del derecho. Parafraseando al legislador, la reposición al momento precedente en estos casos se convierte en el único modo de satisfacción del trabajador sin que quepa ningún otro que no sea mediante esta revisión. Por ello, ha de entenderse que en estos casos procede interponer el recurso de revisión y, con el mismo, atribuir efecto de cosa juzgada a la sentencia del TEDH.

Por lo demás, desde la perspectiva de la limitación añadida en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de entenderse que el empleador no es un "tercero" a quien se le pueda perjudicar en sus derechos adquiridos; a partir del momento en el que el TEDH acepta la eficacia entre particulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, el empleador deja de ser un tercero para convertirse en el sujeto que provoca la violación del derecho o libertad.

El único escollo que faltaría por superar es la posible incoherencia que se produce entre el posible efecto de cosa juzgada de la sentencia y los sujetos integrantes de la relación procesal, particularmente cuando se trata de un asunto laboral donde actúa la eficacia entre particulares de los derechos y libertades del Convenio. Esa incoherencia deriva del hecho de que el diseño del proceso ante el TEDH se construye sobre la premisa de una sentencia que no tiene efectos de cosa juzgada y, por añadidura, pensando en su inicio que quien provoca la violación es el Estado miembro y no son los particulares. En esa lógica, se comprende que la parte demandada ante el TEDH sea en todo caso el Estado miembro del Consejo de Europa (art. 34), que las sentencias se comuniquen a su Comité de Ministros, para que a su vez éste se encargue de velar por la ejecución de la sentencia (art. 46.2). Como indicamos las personas físicas perjudicadas podrán ser demandantes en el proceso, pero el demandado lo será siempre el poder público estatal; es decir, demandante lo podrá ser el trabajador por lo que afecta a derechos en los actúe la eficacia entre privados, pero no se contempla la hipótesis de que el demandado sea el empleador. Como ya advertimos en su momento la demanda ante el TEDH no tiene el carácter de recurso de amparo, siendo una de sus manifestaciones que el empleador no puede ser demandado a diferencia de lo que si sucede en el recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional.

El problema que puede plantear esa incoherencia, entre la composición de la relación procesal y la posible interposición del recurso de revisión, se sitúa en el hecho de que el juego combinado de reglas que funciona con dos lógicas diferenciadas puede acabar provocando una indiscutible indefensión al empleador, de tal gravedad que puede lesionar su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Debe tenerse en cuenta que, al atribuirle por esta vía la LOPJ efectos cosa juzgada a la sentencia del TEDH, la sentencia de revisión no puede entrar en el análisis de la corrección o no de la doctrina sentada por el TEDH. Debiendo

acatarla necesariamente, no puede abrirse el debate procesal de lo ya decidido por el TEDH, de modo que en esa fase el empleador, aunque sería parte procesal a todos los efectos del recurso de revisión, tendría considerablemente limitadas sus alegaciones, por cuanto que igualmente limitadas son las facultades decisorias por para del Tribunal Supremo al resolver la revisión. Procesalmente ya sería tarde para que el empleador pudiera alegar de contrario respecto de la corrección de su conducta en relación con el derecho y libertad reconocidos en el Convenio. Dicho de otro modo, la sentencia de revisión se debería limitar a constatar que el asunto trae su causa de la sentencia que provocó la demanda ante el TEDH y, en su caso, comprobar si persisten los efectos lesvivo y los mismos no pueden cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, además de excluir la afectación a los derechos adquiridos de buena fe por parte de terceros; pero, insistimos, todo ello siempre sobre la premisa del obligado acatamiento de lo resuelto por el TEDH.

A la vista de ello, a nuestro juicio, la única forma de superar este escollo y evitar la posible indefensión judicial sería la de traer al proceso al empleador en estos casos en los que concurre la eficacia entre particulares de tales derechos y libertades. A nuestro juicio el texto vigente del Convenio permite superar el presente escollo procesal. En concreto, el mismo contempla que en interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal puede invitar "a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista" (art. 36.2). A pesar de que el precepto refiere a este sujeto por relación con el demandante, pensando que por tanto ese tercero lo hará en una posición del coadyuvante del demandante pues la lógica de las conductas lesivas de los derechos y libertades que provienen del poder público sólo tienen como contraparte al Estado, nada impediría una lectura actualizada del precepto. Una lectura actualizada a partir del reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos y libertades del convenio, que conduciría a admitir la incorporación de los terceros en la posición ahora de coadyuvante del poder público.

Probablemente todo esto está llamando a un perfeccionamiento, sea por vía interpretativa o mejor por vía de reforma del Convenio, tal como manifestaremos en el apartado final de este estudio. Pero, ello no impide que con la redacción actual pueda salvarse el problema que estamos tratando. Bastaría en una lectura finalista del precepto entender que cuando se produzca esta circunstancia, el Estado demandado que incorpore la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH ha de proceder a notificar la interposición de la demanda al particular presunto violador del derecho o libertad, para que éste a su vez pueda solicitar su personación en el proceso ante el TEDH; al tiempo que igualmente con una lectura finalista del Convenio se interprete que en estos casos el Presidente del Tribunal no "podrá" sino que "deberá" invitar al empleador como tercero para

que presente sus observaciones y participe en la vista. Se trataría en un a modo de litisconsorcio pasivo voluntario del empleador, que podrá incorporarse al proceso y que si renuncia a hacerlo ya no podrá alegar indefensión en base a lo indicado.

La última incertidumbre que puede provocar el recurso de revisión previsto por la LOPJ reside en un posible desacople entre la sentencia objeto de revisión y el último pronunciamiento judicial interno que haya desencadenado la demanda ante el TEDH. En concreto, teniendo presente que esta demanda ante el Tribunal sólo puede producirse después de agotar todas las vía internas, de ordinario la última resolución que se dicta, sentencia o auto, será la correspondiente del Tribunal Constitucional, mientras que en nuestro ámbito las sentencias objeto de revisión son las dictadas por los órganos del orden jurisdiccional social o contra laudos arbitrales firmes (art. 236.1 LRJS). Dicho en sentido contrario, lo que no cabe en ningún caso es interponer un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo frente a resoluciones del Tribunal Constitucional.

A la vista de este detalle, aparentemente no menor, podría concluirse en la generalidad de los casos no procedería interponer el recurso de revisión. Y, sin embargo, a nuestro juicio, este problema también sería superable en las más de las ocasiones, si partimos de una interpretación de sentido común, considerando que el legislador no ha podido introducir una reforma procesal que está abocada al fracaso en la práctica. Es oportuno efectuar una interpretación contextual y finalista que también nos permita superar este último inconveniente.

A tal efecto, conviene tener presente que cuando un asunto de estas características llega al TEDH, es porque en la práctica totalidad de los casos el Tribunal Constitucional, al desestimar el amparo solicitado, procede a confirmar una sentencia de un órgano del orden jurisdiccional social que se ha pronunciado en la misma línea en el fondo del asunto y como tal también ha ido en contra de la doctrina del TEDH. El asunto en amparo en materia laboral nunca llega en primera lectura al TC sino que previamente ha pasado por el enjuiciamiento de un órgano del orden social. Por ello, lo que está contemplando la LOPJ, por lo que afecta a las cuestiones laborales y de Seguridad Social, es la interposición del recurso de revisión de la sentencia dictada por el órgano del orden social precedente y, por tanto, la posibilidad de anulación de dicha sentencia en revisión, sin necesidad de entrar por ello en la revisión de la sentencia constitucional. Insistimos ello no tiene que plantear problema especial desde la perspectiva procesal, por mucho que pueda tener un cierto rasgo de heterodoxia en el *iter* del asunto, dado que el Tribunal al inadmitir el recurso de amparo o desestimarlo no contiene fallo novedoso respecto de lo decidido por el órgano del orden social y la fundamentación jurídica que podría contener deja de ser relevante cuando la doctrina asentada en estos casos es la dictada por el TEDH.

Sólo en una hipótesis excepcional podría producirse una novedad a partir de la sentencia del TC, siendo ella la que vulnera por primera vez un derecho

del Convenio, al margen de la intervención del órgano nacional del orden social. Sucedería ello cuando la tramitación del recurso de amparo ante el TC hubiese vulnerado el derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio (art. 6). Eso sí, en estos casos, el problema no sería estrictamente de carácter laboral sino genérico del derecho a la tutela judicial efectiva en sede constitucional. Habrá ciertamente que darle una respuesta a este asunto tan específico, pero desde luego no es algo que afecte de manera singular a los derechos laborales, que constituye aquí el centro de nuestra atención. Eso sí, decir en todo caso, que para estos supuestos no procede el recurso de revisión previsto en la LOPJ, y ninguna norma ni del Convenio ni del ordenamiento contempla hasta el presente la cosa juzgada de la sentencia del TEDH, por lo que no sería viable mantener el formato tradicional y compensarlo con el arreglo equitativo de la sentencia del TEDH que justamente pasamos a analizar a continuación.

Suficientemente precisa y actualizada se encuentra la regulación del desarrollo del procedimiento del recurso de revisión, conforme a las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en estos casos resultan plenamente aplicables cuando se refiere a la revisión de una sentencia del orden social de la jurisdicción. Lo podemos resumir del modo siguiente.

La legitimación activa para la interposición del recurso de revisión corresponde a quien hubiera sido demandante ante el TEDH (art. 511 LEC). Nada se dice respecto de quien asume la posición de legitimado pasivo, pero ha de darse por supuesto que debe ser quien asumió la condición de parte demandada en el proceso laboral del que trae causa la sentencia impugnada. La solicitud de revisión debe formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del TEDH (art. 512.1 LEC). Se contempla un trámite de contestación a la demanda de revisión en el plazo de veinte días, emplazándose a cuantos en él hubieren litigado (art. 514.1 LEC), convocándose a continuación a las partes para una vista (art. 514.2 LEC) y debiendo informar en todo caso el Ministerio Fiscal antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda (art. 514.3 LEC).

Lo más significativo de toda esta tramitación refiere al contenido del fallo de la sentencia resolutoria de la revisión: si el Tribunal Supremo estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindirá la sentencia impugnada, mandando a continuación devolver los autos al Tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente (art. 516.1 LEC). Naturalmente como en estos casos, la cuestión de fondo relativa a la vulneración del derecho o libertad del Convenio ha quedado zanjada por el TEDH, la sentencia de revisión apenas debe entrar en la comprobación de los elementos formales del asunto, sin poder entrar en la cuestión de fondo. Dicho de otro modo, la sentencia de revisión se limita a dictar un fallo de mero alcance procesal, consistente exclusivamente en la rescisión de la sentencia recurrida, lo

que determina que las actuaciones se retrotraen al órgano que dictó en su momento la sentencia ahora recurrida.

En estos términos, el órgano del orden social al que se retrotraen las actuaciones deberá proceder, tras el correspondiente acto de juicio, a dictar un nuevo fallo, eso sí una vez más sobre el presupuesto de que la violación del derecho o libertad constituye cuestión ya resulta sobre la cosa juzgada derivada de la sentencia del TEDH. Tratándose de un litigio en el que lo que se ha resuelto por la sentencia del TEDH es una lesión de un derecho fundamental o libertad pública, lo que procede es que ahora el órgano del orden social dicte sentencia estimatoria, con el contenido típico de los fallos de esta naturaleza, que implica a todos los efectos una resolución de restitución '*in integrum*' del derecho vulnerado: declaración de la existencia de la vulneración del derecho, declaración de nulidad radical de la actuación lesiva, orden de cese inmediato de la actuación contraria de persistir la misma, restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (art. 182.1 LRJS). La relación pormenorizada del contenido del fallo resulta especialmente importante a los efectos de lo que se concluirá a continuación respecto del posible pronunciamiento por parte del TEDH respecto de la satisfacción equitativa, al punto que como precisaremos será imprescindible establecer la necesaria interinfluencia entre la nueva sentencia dictada por el órgano del orden social tras la sentencia de anulación dictada a resultas del recurso de revisión y la satisfacción equitativa que en su caso pudiera establecerse en la sentencia del TEDH.

3.4. El arreglo equitativo

Más allá de la habitual consideración del carácter declarativo de la sentencia del TEDH, lo cierto es que diversos elementos se orientan en una dirección bastante diversa, especialmente reforzado a resultas de las prácticas cada vez más asentadas en los fallos de tales sentencias. Precisamente en ese terreno se mueve la posibilidad prevista dentro del Convenio de que el Tribunal acuerde un arreglo equitativo para atender al daño provocado al particular lesionado con la conducta violadora del derecho o libertad. En concreto lo que se contempla en el texto del Convenio es que, si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa (art. 41).

La expresión satisfacción equitativa en realidad es un simple eufemismo para indicar que la sentencia del TEDH puede proceder a imponer al Estado miembro que ha violado los derechos del Convenio una sanción económica, que tenga el

carácter de indemnización al demandante perjudicado por parte del poder público del correspondiente Estado miembro. Ejemplos de sentencias del TEDH que fijan este tipo de cantidades indemnizatorias inicialmente eran escasas, pero hoy en día son bastante frecuentes, con ejemplos emblemáticos respecto de asuntos de naturaleza laboral, incluso referidas a demandas relativas a nuestro país[36].

Se trata de una indemnización que correspondería abonar al Estado a favor del demandante perjudicado en la cuantía con precisión fijada por la sentencia del TEDH. Desde el punto de vista del ordenamiento interno, se correspondería con las indemnizaciones debidas por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en los términos constitucionalmente previstos (art. 121 CE), con la única especialidad de que en este caso su cuantía no es fijada por Ley sino por el TEDH. En sentido negativo, incluso cuando se trate de violaciones de derechos laborales fundamentales en los términos protegidos por el Convenio, violaciones que traen su causa última en una conducta de un privado (empleador en las más de las ocasiones) en el marco una vez más de las relaciones entre particulares, el condenado al pago de la indemnización sería el Estado y no el particular. Más aún, ha de entenderse que el obligado directo al pago es el poder público estatal, sin que este pueda proceder a repetir vía reclamación el pago de la indemnización al particular el abono final de la cantidad fijada por el TEDH. Tal fórmula sería viable de futuro, pero requeriría un cambio legislativo expreso por parte de nuestra normativa nacional. Pero en estos momentos tal repetición no es viable, por cuanto que ello requeriría una previsión legal expresa dentro de nuestra legislación nacional vigente, que en estos momentos no existe. A mayor abundamiento, esa repetición hoy en día no es viable teniendo presente que la caracterización jurídica de la indemnización impuesta al Estado encuentra su fundamento jurídico en estos momentos en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y, por tanto, se configura como una manifestación específica de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Eso sí, conviene llamar la atención respecto de la importancia del presupuesto habilitante de la imposición por parte del TEDH de la indemnización en base al principio de satisfacción equitativa. En efecto, la satisfacción equitativa tiene como presupuesto que el derecho interno del Estado en cuestión sólo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación. Por tanto, no es una indemnización que proceda en todo caso; más aún, en base al principio de subsidiariedad, debe interpretarse que sólo cabe como excepción respecto de aquellos Estados en los que no sea posible la plena reparación de las consecuencias de la violación. Ello presenta la dificultad de que la intervención en estos casos por parte del TEDH no puede ser uniforme y depende de la normativa interna de cada uno de los países, lo que obliga al Tribunal a tener un conocimiento

[36] STEDH 19 de febrero de 2013, asunto García Mateos; STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413.

bastante pleno de la situación de cada normativa nacional. El Convenio no exige que la imposición de la indemnización lo sea a petición del demandante; aunque sea habitual que se efectúe a petición del demandante, hay casos en los que el propio TEDH lo ha impuesto por propia iniciativa sin petición previa[37]. Cuando es el resultado de una petición previa, se entiende que corresponde al propio demandante justificar que concurre el marco legal interno de imperfección que lo justifica y la cuantía que corresponde. En todo caso, la dificultad se sitúa en el hecho de que al ser de ordinario en la sentencia cuando se fija la cuantía de la indemnización, se actúa un poco a ciegas, por cuanto que no se sabe en el caso concreto el alcance de la reparación acordada por el Estado afectado. Se suele entender que la imposición de la satisfacción equitativa se puede producir en fase de ejecución, lo que podría salvar este problema[38]; no obstante, lo más generalizado es que se produzca en el momento de dictarse sentencia, con lo que la dificultad es importante.

En todo caso, lo más importante es que el mecanismo de la indemnización impuesta como satisfacción equitativa, en base al principio de subsidiariedad, debe aplicarse exclusivamente en aquellos modelos nacionales donde no quepa la restitución '*in integrum*'. Tal satisfacción '*in integrum*' en los momentos actuales se presenta como la regla generalizada en nuestro ordenamiento interno en lo que afecta a las violaciones de los derechos fundamentales laborales, a la vista de lo que hemos indicado al final del apartado precedente respecto de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH, su posible materialización a través del recurso de revisión y de que la sentencia final de corrección del órgano judicial del orden social reparadora dicta un fallo de nulidad radical, de restitución a la situación precedente e incluso una indemnización por daños y perjuicios (art. 182.1 LRJS). En conclusión, en los más de los supuestos para lo laboral en los que quepa esa reparación perfecta vía el recurso de revisión y posterior sentencia del orden social, no procedería la satisfacción equitativa por parte del TEDH.

Por ello, llama la atención que en recientes sentencias del TEDH recaídas en esta materia para asuntos que afectan a nuestro país se sigan fijando cantidades indemnizatorias con posterioridad a la entrada en vigor en 2015 de la reparación perfecta a la que hemos hecho referencia. Eso sí, en la medida en que se mantengan estos pronunciamientos de imposición indemnizatoria por parte del TEDH para asuntos relativos a España donde quepa la reparación perfecta, lo que no puede producirse es un resultado de enriquecimiento injusto por parte de la víctima, que podría llegar a recibir dos indemnizaciones: una de la Administración Pública en cumplimiento de la sentencia del TEDH y otra del empleador a resultas de la última de las sentencias reparadora del orden social. En este escenario, siendo la

[37] Rodríguez Boente, 83 argumentos…, op. cit. pg. 111.

[38] García Murcia, Virtualidad en el ordenamiento…, op. cit., pg. 5. Martínez Miranda, Jurisprudencia social…, op. cit., pg. 358.

sentencia del orden social la última que se dictaría, ésta al efectuar el cálculo de la indemnización que procedería debería detraer la cantidad a recibir por la victima en el marco de la cuantía impuesta por el TEDH, pues esa sería la única forma de evitar un resultado de enriquecimiento injusto.

Finalmente, aunque la situación generalizada sería que por la vía estudiada en el apartado precedente la víctima puede lograr una reparación perfecta y, por tanto, no procede la satisfacción equitativa de parte del TEDH, hay supuestos en los que indiscutiblemente la normativa interna puede presentar sus lagunas y no alcanzar a todos los supuestos una universal materialización de la reparación perfecta. Por mencionar los supuestos más emblemáticos al respecto, éstos se pueden presentar cuando el derecho violado sea el correspondiente al derecho a un proceso equitativo previsto en el Convenio (art. 6), es decir, lo que en terminología de nuestras categorías constitucionales constituye el derecho a la tutela judicial efectiva. En estos casos, desde luego, no nos enfrentamos al caso habitual en lo laboral de la eficacia entre privados, pues es el propio poder público quien provoca la violación del derecho y, por tanto, no cabe imponer carga de indemnización alguna al particular. Se trataría, eso sí, del típico supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como manifestación específica en los términos ya señalados de responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien en estos casos la regulación atiende a un procedimiento mucho más rígido y formalizado, que puede desembocar ciertamente en resultados de reparación imperfecta[39]. Podrían presentarse también supuestos de cierta complejidad y algo extraños en los que el TEDH falla que se ha producido una violación de un derecho material, pero ello no podría abrir paso posteriormente a la anulación de la sentencia por vía del recurso de revisión contemplado en nuestro ordenamiento interno[40].

Última precisión, aunque el fundamento jurídico en nuestro ordenamiento interno de la indemnización por satisfacción equitativa impuesta por el TEDH se encuentre en la responsabilidad patrimonial de la Administración y del funcionamiento anormal de la Justicia, ello no comporta que hayan de seguirse los trámites procedimentales establecidos al efecto para la exigencia de esta responsabilidad. Aquí se presentan especialidades que no casan con el procedimiento de referencia. En concreto, aquí la indemnización ya viene predeterminada por la

[39] El procedimiento en los arts. 292 ss de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con su desarrollo en tramitación por parte de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (BOE 2 de octubre), de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, especialmente arts. 65, 67, 81.3, 91 y 92.

[40] Véase, por ejemplo, el asunto no poco confuso y contradictorio en el que ante una práctica de videovigilancia ocultada al conocimiento de los trabajadores, declara que tal conducta es contraria al derecho al respecto a la vida privada de los empleados reconocida por el Convenio (art. 8) y sin embargo considera que la admisión como prueba procesal del material obtenido de la videovigilancia no es contraria al derecho a un proceso equitativo del Convenio (art. 6), por lo que desde el punto de vista procesal deviene firme e inatacable por vía del recurso de revisión el fallo que declaró la procedencia de los despidos en base a las pruebas practicadas en el proceso laboral (STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413).

sentencia, mientras que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se fija por vía administrativa, por añadidura con carga del perjudicado de demostrar el daño o perjuicio, así como su intensidad, carga que no se le puede imponer en este caso. El problema es que el ordenamiento interno español no contempla las adaptaciones procedimentales precisas al caso concreto.

4. LOS DESAFÍOS FUTUROS DE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA LABORAL

A partir del análisis efectuado hasta ahora cabe realizar una valoración de conjunto del texto del Convenio, de su aplicación por parte del TEDH, así como de la implementación que se ha llevado a cabo por parte del ordenamiento jurídico interno español. En esa valoración de conjunto cabe afirmar que se ha producido con el paso de los años una rica experiencia regulativa, interpretativa y aplicativa, que ha propiciado un proceso evolutivo, donde se ha verificado un importante proceso de abordaje de los derechos fundamentales laborales por parte de la jurisprudencia dictada por el Tribunal, a resultas de una lectura ampliatoria del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio; lectura ampliatoria en lo material, que ha venido acompañada de una evolución no menos importante desde la perspectiva del diseño de los instrumentos procesales idóneos para permitir un impacto real y efectivo de la jurisprudencia del Tribunal, sobre todo a resultas del asentamiento tanto de la eficacia de cosa interpretada como de la eficacia de cosa juzgada respecto de los derechos fundamentales laborales, cuando menos por lo que afecta al ámbito del ordenamiento laboral español.

A pesar de todo ello, ese proceso evolutivo se valora también como no cerrado, está inconcluso por cuanto que faltan algunos aspectos que deben ser afrontados en el inmediato futuro. En unos casos, se trata de carencias en el ámbito de la claridad interpretativa que debería zanjarse en el inmediato futuro. En otros casos se trata de deficiencias regulativas, que requerirían de algún retoque en la normativa de referencia. O bien, también se puede tratar de cierto tipo de decisiones políticas que profundizasen en los mecanismos de protección multinivel de los derechos fundamentales laborales en un escenario cada vez más acentuado de pluralismo constitucional. Sin poder entrar en estos momentos en una consideración detallada de los desafíos pendientes orientados a reforzar la eficacia de la jurisprudencia del TEDH, basta con una rápida enumeración de los mismos.

Dentro del tratamiento de los derechos fundamentales laborales la primera perspectiva a destacar residiría en el hecho de que el Convenio se diseña pensando en que es el poder público el referente principal como sujeto que impide o limita el disfrute de los derechos y libertades del Convenio. A pesar de que quede ya

plenamente consolidada desde el TEDH la eficacia entre privados de los derechos y libertades del Convenio, sin embargo ello no se traslada debidamente al momento de su articulación procesal y procedimental en el funcionamiento del Tribunal. Por tanto, el primer desafío a superar consistiría en sacar las consecuencias procesales y procedimentales de la garantía de la eficacia entre particulares, algo tan relevante para el ámbito de las relaciones laborales. Exigencia de articular debidamente la vertiente procesal y procedimental especialmente en relación con Estados como el español que han acabado por reconocer la eficacia de cosa juzgada a las sentencias del TEDH. Ello, en concreto, se debe plasmar en la necesaria incorporación al procedimiento del particular que con su conducta viola o limita el derecho fundamental laboral correspondiente. Ello es imprescindible para no provocar un efecto indeseado de indefensión procesal de este particular, lo que exigiría prever en la legislación interna el deber del Estado de trasladarle la demanda presentada ante el TEDH y fijar el deber del presidente del Tribunal de aceptar la personación, entendemos que como coadyuvante del Estado por parte del particular. Debería venir acompañado del reconocimiento de todos los derechos anejos a la condición de parte pasiva de la relación procesal, en términos de alegaciones y prácticas de pruebas.

Del mismo modo, sería imprescindible aclarar cuáles serían los efectos jurídicos derivados de un acuerdo amistoso de los previstos en el Convenio (art. 39), pues éste formalmente se presentan como un pacto a alcanzar entre el demandante y el Estado, que igualmente por su carácter de transacción procesal sólo podría vincular a quienes transan en el procedimiento. Por tanto, a ese acuerdo amistoso no podría atribuírsele eficacia entre particulares, es decir no se le podría imponer al particular que provoca la lesión del derecho, cuando éste no ha participado en el mismo, ni prestado su consentimiento a la correspondiente avenencia. A mayor abundamiento, no tratándose de una sentencia, sería imprescindible clarificar cuál sería su eficacia, pues desde luego no se encuentra vinculado por la fuerza obligatoria de las sentencias, cuando menos no gozaría en nuestro ordenamiento interno de eficacia de cosa juzgada a efectos de las relaciones entre particulares.

Del mismo modo, más allá de la interpretación finalista y sistemática que hemos defendido en el presente estudio, sería oportuno que la norma nacional interna incorporase de manera expresa la previsión de que también es posible la presentación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a las resoluciones en instancia de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que provocaron la lesión del derecho fundamental laboral, recurso motivado en infracción de la jurisprudencia dictada por el TEDH, de modo que en estos supuestos también se garantice la eficacia de cosa interpretada de tal jurisprudencia.

Sería igualmente oportuno establecer el régimen procedimental interno de

satisfacción de la indemnización por daños y perjuicios en su caso acordada por el TEDH con forme al arreglo equitativo establecido en el mismo y, sobre todo, fijar la conexión entre dicha indemnización y la que en su caso pudiera establecer el orden social de la jurisdicción en cumplimiento del mandato interno de reparación '*in integrum*', sin que ello pueda provocar efectos indebidos de enriquecimientos injustos.

En otro orden de consideraciones convendría recordar el estado de bloqueo en el que nos encontramos, desde hace ya algunos años, en el objetivo de materializar el mandato contenido en el Tratado de la Unión Europea en orden a proceder a la adhesión al Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades públicas por parte de la propia Unión Europea (art. 6.2). Se trata de un compromiso solemnemente asumido por el derecho originario de la Unión, en absoluto un simple desiderátum, por lo que resulta obligado llamar la atención sobre la necesidad de que dicha adhesión se materialice, por mucho que no puede ocultarse que presenta indiscutibles dificultades técnicas. El bloqueo se produjo a pesar de que en su momento se llegó a alcanzar un preacuerdo, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se opuso al mismo por medio de un discutible Dictamen[41]. Aun cuando el Tratado de la Unión, precisa que tal adhesión no modificará las competencias de la Unión definidas en su derecho originario, desde luego la misma tendría una indudable trascendencia tanto por el sometimiento de las instituciones europeas al Convenio en el ejercicio de sus competencias, como porque ello propiciaría un diálogo más directo y enriquecedor entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, con un procedimiento institucionalizado ya de protección multinivel de los derechos fundamentales.

Para concluir, habría que destacar la importancia que supondría la ratificación por España del Protocolo 16 del Convenio, que entró en vigor a principios de agosto del año 2018, tras alcanzar el número mínimo previsto de diez ratificaciones entre los Estados miembros del Convenio[42]. Dicho Protocolo permite que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados que lo ratifiquen soliciten al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principios relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos, cuando la consulta se refiera a un asunto del que está conociendo dicho órgano jurisdiccional nacional[43]. Se trata de un mecanismo que presenta bastantes similitudes respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial por

[41] Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014.

[42] Los Estados firmantes del Protocolo 16 en estos momentos son Andorra, Bosnia-Herzegovina, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Moldavia, Rumanía, Eslovaquia y Turquía.

[43] Sobre el particular, L. López Guerra, Los protocolos de reforma nº 15 y 16 al convenio Europeo de Derechos Humanos, Revista Española de Derecho Europeo nº 49 (2014), pgs. 11 ss. Alonso García, El juez nacional…, op. cit., pgs. 152 ss. Canosa Usera, El control de convencionalidad…, op. cit., pgs. 72 ss.

lo que se refiere a la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; bastantes similitudes en el sentido de que un órgano judicial nacional al resolver un asunto se le presentan dudas respecto de la interpretación correcta de alguno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de modo que acude al TEDH para obtener la interpretación auténtica del mismo previo a resolver el caso.

Se trata de un mecanismo de menor intensidad al previsto en el Derecho de la Unión, en la medida en que se restringen considerablemente los órganos jurisdiccionales que podrían plantear la consulta (se presume que en España quedaría restringido al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo, caso de ratificarse), la consulta es voluntaria en todo caso por parte del órgano nacional y la opinión emitida por el TEDH se prevé expresamente que no será vinculante. No obstante, su utilidad puede ser muy notable, porque establece un canal de diálogo eficaz entre unos y otros Tribunales, evita situaciones de mayor confrontación entre ellos, haría innecesarias medidas posteriores más traumáticas como serían la anulación de una sentencia de un órgano interno por vía de un posterior recurso de revisión, así como garantizaría una superior coherencia entre la jurisprudencia de los Tribunales nacionales y la correspondiente al TEDH. La no vinculabilidad constituiría un elemento más formal, pues es comprensible que por esta vía el TEDH estaría adelantando cuál sería su doctrina caso de que el órgano nacional no atendiera su opinión consultiva y su sentencia acabase en una demanda en el sentido estricto del término ante el TEDH. La única complejidad derivaría de que con esa consulta se alteraría la actual relación a cuatro bandas existente entre Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, TEDH y Tribunal de Luxemburgo. En efecto, el procedimiento de opinión consultiva puede provocar importantes fricciones, pues de de un lado podría producirse una especie de *by pass* del Tribunal Supremo hacia el TEDH, saltándose a nuestro Tribunal Constitucional; del mismo modo que podría verificarse una cierta tensión derivada de plantear el incidente consultivo voluntario ante el TEDH en lugar de la cuestión prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Luxemburgo tanto por parte del TS como del TC. No se puede ocultar la gravedad de este problema, que debe quedar clarificado en la hipótesis de que España se decida por la ratificación del Protocolo 16, aunque tampoco se puede pensar que se trate de un conflicto ineludible e insalvable, pues cabría pensar en soluciones imaginativas que superen este problema. En definitiva, el procedimiento de consulta previo ofrecido por el Protocolo 16 ofrece notables ventajas en el avance en los procesos de diálogo por parte de las diversas instancias que protagonizan el fenómeno cada vez más rico de la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales, lo que aconseja proceder a su ratificación por parte del Estado español.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE Y TRABAJO FORZADO. ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA LABORAL

Sofía Olarte Encabo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO **Palabras Clave**: : trabajo forzado, servidumbre, esclavitud, trata con fines de explotación laboral, vulnerabilidad

Se plantea en este estudio un tema de renovada actualidad desde una perspectiva socio-laboral, analizando la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 4 de la CEDH, donde se detecta un preocupante rebrote de prácticas de trabajo como la servidumbre, la esclavitud, los trabajos forzados y la trata de seres humanos. A través de sus sentencias más relevantes se observa que los supuestos de hecho analizados por el Tribunal son progresivamente más graves, además de afectar a más sectores y actividades económicas. En el análisis se observa cómo inicialmente enjuició supuestos referidos, bien a trabajos forzados y sus excepciones en la Convención, bien a ámbitos o actividades considerados más "marginales" como el empleo doméstico y la prostitución, habiéndose dictado recientemente la primera sentencia referida a la agricultura, condenando por trabajo forzado y trata, lo que no deja de ser un "aviso a navegantes" dada la importancia de este sector. Otra tendencia reseñable es que, junto con los indicadores "tradicionales", existencia de control sobre la persona y limitación de sus libertades, aparecen otros de carácter netamente laboral, como la retención o impago de salarios, los salarios ínfimos, la carga de trabajo desproporcionada, las condiciones de trabajo indignas o los horarios exorbitantes, o lo insoportable de las condiciones de seguridad y salud, lo que nos induce a plantear aquí que las formas de trabajo que no respetan los mínimos de trabajo decente pueden, en concurrencia con otros elementos ser constitutivas de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados.

ABSTRACT **Key Words**: forced labor, servitude, slavery, trafficking for labor exploitation, vulnerability

In this study is analyzed a topic of renewed relevance from socio-labor perspective, analyzing the jurisprudence of the ECHR in relation to art. 4 of the ECHR, where a disturbing re-emergence of these work practices is detected: servitude, slavery, forced labor and trafficking in human beings. Through an analysis of its most relevant judgments, it is observed that the factual assumptions analyzed by the Court are progressively more serious and have a greater quantitative and qualitative impact, in addition to affecting more sectors and economic activities. The analysis shows how the ECHR initially tried alleged cases, either forced labor and its exceptions in the Convention, or to areas or activities considered more "marginal" such as domestic employment and prostitution, having recently issued the first sentence referred to agriculture. Another noteworthy trend is noted along with the "traditional" indicators, such as the existence of control over the person and limitation of their freedoms, other work, such as withholding or non-payment of wages, low wages, disproportionate workload, unworthy working conditions or exorbitant schedules or the unbearable conditions of safety and health, which leads us to suggest that forms of work that do not respect decent work minimums can, in conjunction with other elements, be constitutive of slavery, servitude or prohibited forced labor.

 Recepción de original: 20.06.2018. Aceptación: 30.07.2018

ÍNDICE

1. La renovada relevancia de la CEDH y de la doctrina del TEDH en el orden social, en general y en particular
2. Jurisprudencia del TEDH sobre prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado (Art. 4 CEDH)
   2.1. Asunto Van der Mussele contra Bélgica, STEDH de 23 de noviembre de 1983
   2.2. Asunto Siliadin c. Francia, STEDH de 26 de julio de 2005
   2.3. Asunto Rantsev c. Chipre y Rusia, Sentencia de 7 de enero de 2010
   2.4. Asunto C. N. y V. c. Francia, Sentencia de 11 de octubre de 2012
   2.5. Asunto C. N. c. Reino Unido, de 13 de noviembre de 2.012
   2.6. Asunto J y otros c. Austria, de 17 de enero de 2017
   2.7. Chowdury y otros c. Grecia, Sentencia de 30 de marzo de 2017
3. A modo de conclusión

1. LA RENOVADA RELEVANCIA DE LA CEDH Y DE LA DOCTRINA TEDH EN EL ORDEN SOCIAL, EN GENERAL Y EN PARTICULAR

La Convención Europea de Derechos Humanos (1950) -en adelante, CEDH, adoptada en el seno del Consejo de Europa, creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), con la finalidad de "asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos" (art. 19). Desde entonces, tanto su configuración como sus reglas de funcionamiento han experimentado algunos cambios menores, pero en lo esencial su naturaleza y régimen permanece inalterados. En efecto, el TEDH es un tribunal internacional, y no "supranacional", lo que significa que no estamos ante una instancia revisoria de las resoluciones judiciales de los Estados .y sus pronunciamientos se limitan a la condena a los Estados. No obstante, en cuanto sus resoluciones y criterios interpretativos vinculan a los Estados en lo que se refiere a los derechos humanos reconocidos por la CEDH, es claro que-, aunque sea por una vía indirecta y no procesal, su doctrina y jurisprudencia han de ser tenidos en cuenta tanto por el legislador y como por la jurisdicción nacional (en nuestro caso, en el orden social) y que progresivamente se ha ido reconociendo a su contenido una eficacia horizontal.

En relación con el Derecho Social, la CEDH y la jurisprudencia del TEDH, tras una etapa de influencia modesta en este sector del ordenamiento (el laboral), en estos momentos se detecta una tendencia a la revalorización de su doctrina por parte de la jurisprudencia en el orden social español. En efecto, durante la década de los ochenta y los noventa del siglo pasado y hasta la visualización de las consecuencias sobre nuestro modelo social de la crisis de 2008, ha sido

una afirmación casi unánime, considerar que la Convención y la jurisprudencia del TEDH tenían una incidencia menor en el ámbito del Derecho Social; afirmación que se ha sustentado en el contenido de la misma, ya que los derechos fundamentales que en ella se garantizan son –predominantemente los derechos de "primera generación", es decir, derechos civiles y políticos frente a las vulneraciones del poder público. Consideración que vendría avalada, además, por el hecho de que el Consejo de Europa, adoptó, más tardíamente, un texto similar monográficamente laboral, referido a los derechos económicos y sociales, la Carta Social Europea, con sus propios órganos y mecanismos de control -hoy cuasi jurisdiccionales- Esto explicaría también una supuesta escasa disposición del TEDH a proteger los componentes sociales de la CEDH[1] . No obstante, la mayor vocación humanitaria de este Tribunal -al menos si lo comparamos con el TJUE- ha acabado expandiéndose a los derechos humanos "sociales", tal y como pone de manifiesto la creciente presencia de éstos entre los pronunciamientos del TEDH, de modo similar a lo que ha sucedido en el plano constitucional español a través de lo que conocemos como derechos fundamentales laborales inespecíficos.

Otro factor "socializante" de la CEDH radica en el hecho de que actualmente el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea contempla su adhesión al CEDH y la consideración de los derechos fundamentales que garantiza como principios generales propios de la Unión, "fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros", lo que no hace sino reforzar su influencia en todos los ordenamientos de los Estados miembros de la UE[2] garantizando el cumplimiento por estos últimos de las obligaciones dimanantes del CEDH, aunque siempre, en todo caso, una vez se han pronunciado los órganos judiciales nacionales. No obstante, el TEDH garantiza el cumplimiento efectivo por los Estados miembros del Consejo de Europa de los compromisos asumidos al suscribir y ratificar el CEDH y sus Protocolos y normas complementarias, lo que comporta que sus sentencias den lugar a una "obligación de resultado" [3]

Un aspecto débil que, con carácter general, se ha destacado mucho de la doctrina emanada del TEDH, es que, a diferencia de lo que sucede con el TJUE, los órganos judiciales pueden remitir a éste cuestiones prejudiciales referidas a problemas interpretativos, sin que exista sistema de interlocución judicial

[1] Vid. en este sentido, Cabeza Pereiro, J. "La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH", RDS, Nº 69 - enero-marzo 2015, p. 79-101.

[2] Vid. más extensamente sobre la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito dela UE, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: "La eficacia directa de los derechos fundamentales laborales", en DL, núm. 113, 2018, vol. 1, en especial, pg.34 y ss. , donde advierte que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE carece de la eficacia general y directa del convenio Europeo de Derechos Humanos.

[3] En este sentido, García Murcia, J.: "Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" , en Al, nº 6, jun. 2014, pp. 647—672 y Cabeza Pereiro, J: "La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH", Revista de derecho social, Nº 69 - enero-marzo 2015, p. 79-101

directa con el Tribunal de Estrasburgo. Además, sus sentencias tienen un carácter meramente declarativo, sin perjuicio de la posibilidad de imponer al Estado la obligación de compensar económicamente a las víctimas de violación del CEDH, en los casos en que aquél no les haya otorgado plena reparación. Poniendo de relieve estas limitaciones "estructurales", y pese a ellas, considero incuestionable su fuerza como canon hermenéutico de los derechos fundamentales a nivel supranacional europeo, conteniendo sus resoluciones referencias a las actuaciones que los Estados debieran seguir para prevenir, reparar, o incluso compensar, las lesiones a aquéllos, buscando respuestas efectivas -tales como la "satisfacción equitativa", en aplicación del artículo 41 del CEDH, que puede reconocerse incluso en fase de ejecución-, y sin limitarse a constatar la lesión producida. Junto a ello, contribuye a reforzar el valor del contenido social de la CEDH y la jurisprudencia del TEDH el cuerpo de doctrina relativa no sólo al CEDH, sino a otros instrumentos del Consejo de Europa, específicamente "laborales

Por último, no está de más recordar que la doctrina del TEDH resulta invocable como de contradicción en el recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 219.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de las limitaciones impuestas, en relación al pronunciamiento de la sentencia que resuelva el recurso. Además del renovado interés en esta doctrina por parte de nuestro TC en su jurisprudencia sobre el ejercicio de derechos fundamentales.

Estas consideraciones generales sobre la actual fase expansiva de la dimensión social en la doctrina del TEDH, son extrapolables particularmente al tema concreto que nos ocupa, la interpretación por el TEDH del art. 4 de la CEDH relativa a la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. De entrada se ha de advertir que en relación con este precepto no existe una ingente cantidad de sentencias, a diferencia de otros artículos de la Convención, lo que no es algo "extraño" comparativamente hablando con lo que sucede en otros Tribunales de Derechos Humanos internacionales y regionales y en los procedimientos especiales que ha establecido el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones concretas de países. La explicación de este modesto número de sentencias bien pudiera derivarse del hecho de la erradicación de la esclavitud y otras prácticas asimilables o próximas como la servidumbre y el trabajo forzado desde comienzos del siglo XX en Europa. Sin embargo, esta hipótesis explicativa no puede ser más errónea, al menos si nos atenemos a los datos oficiales que, aún globales, incluyen a Europa:. Según la OIT en su Informe de 2017 sobre Esclavitud Moderna[4] se estima que hay 40 millones de personas sometidas a las "formas modernas de esclavitud" en el mundo, además de 152 millones de niños entre 7 y 17 años sometidos a trabajos forzosos. De

[4] Vid. Informe de Esclavitud Moderna elaborado conjuntamente por la OIT y la Walk Free Fondation relativo al período 2012-2016, en asociación con la Organización Mundial de Migraciones, Ginebra, 2017.

esos 40 millones de adultos, 25 millones están sometidos a trabajo forzoso y otros 15 millones son mujeres sometidas mediante matrimonios forzados. Pero lo escalofriante de estos datos no radica solo en su dimensión, sino en la valoración tendencial, ya que el mismo informe de 2012 -realizado por las mismas entidades e idéntica metodología- estimaba que en 2012 existían 21 millones de personas sometidas a trabajo forzoso, lo que supone un incremento de cuatro millones sólo en esta categoría (trabajo forzado) En otros términos, si en 2012 tres de cada mil personas estaban sometidas a trabajo forzoso prohibido, en 2016, son 5,4 por cada mil personas[5].

El relativo poco peso del número de pronunciamientos del TEDH sobre el art. 4, comparativamente con otros de la Convención nada tiene que ver con la dimensión real del fenómeno (realmente grave y vergonzante) y ello aunque nos limitemos a Europa. En efecto, aun considerando la variable regional, ya que parece razonable pensar que estas formas de explotación humana solo se dan en países en vías de desarrollo y no en Europa, lo cierto es que algunas de las formas de trabajo forzado más importantes -el sector sexual- tiene en Europa su principal fuente de ingresos porque es más lucrativo, de lo que cabe inducir que un porcentaje muy alto en esta actividad (aunque también se desarrolla de forma libre) se corresponde con formas de trabajo esclavo o forzado que tienen lugar en Europa-.

En paralelo con estas cifras se observa un aumento del número de pronunciamientos del TEDH en torno al art. 4 de la CEDH. La hipótesis explicativa del creciente número de pronunciamientos del TEDH sobre el art. 4 de la CEDH apuntaría a factores de índole política y económica. Por un lado, el impacto de la crisis económica en Europa, que rompe un escenario de relativa estabilidad y crecimiento durante más de cincuenta años, caracterizados por importantes avances del Estado Social y la reducción de la pobreza, contribuyendo a crear un contexto que podemos denominar anti esclavista, a la vez que la presión migratoria era razonablemente absorbida por el mercado de trabajo Sin embargo, cuando ese contexto cambia, la crisis económica hace tambalear los Estados del Bienestar, la pobreza aumenta y también las capas sociales vulnerables y la exclusión social , además de que la presión migratoria no puede ser canalizada con garantías de dignidad. La situación en Europa es muy distinta y las demandas por violación del art. 4 comienzan a tomar más protagonismo. Junto a estos factores, en mi opinión, se ha producido otro cambio reseñable que ha propiciado la presentación de más demandas ante el TEDH y que tiene que ver con el perfil extremadamente débil de las víctimas, ya que se trata de personas moralmente aniquiladas y sin recursos,

[5] Aunque en el contexto de este trabajo no resulta pertinente incluir una información más detallada de la situación, al menos sí dejar constancia de que en el último Informe cit. en nota anterior se detectan otros aspectos relevantes, tales como el perfil de las víctimas, los sectores económicos (no solo en el sexual y trabajo doméstico, sino la agricultura, minería, pesca e industria textil) y la valoración de las ganancias del trabajo forzoso en alarmante ascenso.

en situaciones de exclusión social, que difícilmente accederían al Tribunal de Luxemburgo. Me refiero al ascenso de organizaciones no gubernamentales y sindicales que no solo llevan a cabo una actividad de asistencial de las víctimas, sino que se dotan de estructuras cada vez más preparadas para articular la tutela judicial de estas personas, participando como "amicus curiae" ante el TEDH, presentando informes, entre las que destacan Interights, Anti Slavery International, AIRE (Advice for Indivudal Rights in Europe), PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumentate Migrants), la Confederación Sindical Indernacional o, incluso, instituciones académicas como la Facultad de Derecho de la Universidad de Lund en Suecia.

Junto a los mencionados factores económicos, sociales y políticos explicativos del contexto favorable a la aparición de estas formas de explotación humana, no podemos dejar de mencionar el impacto de la globalización, en la medida en que la trata adquiere en este contexto una nueva dimensión[6], vinculada, en general, a mafias y organizaciones criminales cada vez más fuertes.

Por último se ha de reseñar la importancia de la doctrina del TEDH en relación con el artículo 4 de la CEDH en este concreto momento, ya que España, como la mayor parte de los Estados Miembros del Consejo de Europa, ha ratificado el Protocolo de 2014 de la IOT, relativo al Convenio sobre trabajo forzoso de 1930, adoptado en Ginebra el 11 de junio de 2014[7] En este Protocolo es visible la huella de toda la jurisprudencia internacional sobre el trabajo forzoso. El artículo 2 del Protocolo da gran importancia a las medidas de prevención que han de adoptar los Estados miembros (educación e información tanto a las personas vulnerables como a los empleadores que puedan verse involucrados); entre los esfuerzos a adoptar para garantizar la erradicación, contempla la adopción de una legislación, no solo represiva penal específica, sino también laboral, para que la prevención y el control abarquen a todos los trabajadores y sectores económicos sin distinción; establece la obligación de fortalecimiento de los servicios de la Inspección de Trabajo[8] y la efectiva protección de las personas (sobre todo migrantes) contra prácticas abusivas y fraudulentas en el proceso de contratación y colocación. Igualmente, pienso que

[6] Vid. En este sentido Ferrajoli, quien considera que la trata "constituye uno de los desafíos suscitados por la globalización , al presentarse como una fuente de crecimiento del crimen organizado, un riesgo humanitario global y un tema de seguridad que afecta a todos los países", cfr. Ferrajoli, L: *Criminalidad y globalización,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nº 115, enero a abril, 2006.

[7] El artículo 8 del Protocolo del Trabajo Forzoso de 2014 establece que el mismo entrará en vigor a los doce meses de su ratificación por parte del Estado. España lo ratificó el 20 de septiembre de 2017, lo que significa que entrará en vigor el 20 de septiembre de 2018, con bastantes y relevantes obligaciones nuevas que nuestro país habrá de cumplir.

[8] El Plan Estratégico de la Inspección de la Trabajo 2018-2020, aprobado por Resolución de 11 de abril de 2018, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, BOE núm. 95, de 19 de abril de 2018, contempla específicamente la actuación en relación con la trata de seres humanos. En su Eje 3, aunque otros inciden en esta cuestión, es el objetivo número 11 el que se refiere a la mejora de la protección de los trabajadores que han sido objeto de trata con fines de explotación laboral.

incidirá en un mayor número de asuntos ante el Tribunal de Estrasburgo la previsión del art. 4 del Protocolo de 2014 sobre Trabajo Forzoso, que establece la obligación de garantizar por parte de los Estados las acciones judiciales y la reparación a todas las víctimas, previendo incluso la posibilidad de no enjuiciar ni sancionar a víctimas por su participación en actividades ilegales o ilícitas cuando se han visto obligadas a hacerlo como consecuencia directa de haber estado sometida a trabajo forzoso. Todo ello, se entiende se enmarca en el mandato general previsto en el artículo 1 del Protocolo en el que los Estados asumen la obligación de elaborar, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales, una política y un plan de acción contra el trabajo forzoso y la trata con este fin, que garantice su supresión efectiva y mantenida; medidas que han de ser "sistemáticas", es decir, estructuradas, ordenadas y planificadas, con instrumentos concretos. Por tanto, más allá de las repercusiones de orden jurisprudencial, la doctrina del TEDH sobre el art. 4 ha contribuido a diseñar otros instrumentos internacionales, que ya se han traducido en obligaciones para el caso español , por lo que su doctrina será especialmente considerada con toda seguridad en la implementación del Plan por parte de nuestro país, que deberá ser específico y partir de una identificación de los sectores y prácticas en que se están produciendo (un mapa) y deberá contemplar, como ya ha exigido el TEDH a otros Estados condenados, la tipificación específica de estas conductas en el Código Penal.

A mayor abundamiento, entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, el nº´8 se refiere a "Trabajo decente y desarrollo económico", siendo el aparatado 7 de este objetivo la eliminación del trabajo forzoso en el mundo para 2030. Faltan doce años aún para 2030, período en el que el impulso del TEDH puede ser decisivo en su consecución, para lo que el Tribunal tendrá que seguir avanzando en la construcción de conceptos adaptados a las nuevas formas de esclavitud, muy distintas a las existentes antes del siglo XX.

2. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE PROHIBICIÓN DE ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE Y TRABAJO FORZADO (ART. 4 DE LA CEDH)

El objetivo de este trabajo es analizar, selectivamente, la doctrina del TEDH en relación con el art. 4 de la CEDH, para identificar conceptualmente estos fenómenos, así como las obligaciones que dimanan de este precepto para los Estados[9].

A tal efecto, se analizan a continuación las principales sentencias dictadas por el TEDH en relación con el art. 4 de la CEDH adoptando en su análisis un

[9] Para una visión de la jurisprudencia de otros Tribunales Internacionales, al margen del TEDH, vid. Bedmar Carrillo, E.: "Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud", en VV.AA., dir. Pérez Alonso, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud,* de. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pg. 211 y ss.

criterio cronológico y evolutivo. Y, dado que el Tribunal va a tener en cuenta la conexión de este precepto con las normas internacionales concordantes de forma importante, remitiendo expresamente a alguna de ellas, se ha de tener en cuenta la existencia de un largo listado de convenios o convenciones universales o regionales que prohíben la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso o la trata. El Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920 es la primera norma que establece en su artículo 23 la obligación de los Estados de asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanas para el hombre, la mujer y los niños, tanto en sus territorios como en todos los países donde se extiendan sus relaciones comerciales o industriales, así como el tratamiento equitativo a las poblaciones indígenas sometidas a su administración. Y en los territorios bajo mandato B, prohíbe todo trabajo forzoso u obligatorio, salvo trabajos y servicios públicos esenciales y bajo condición de remuneración equitativa. A partir de este primer paso, que abre la larga sucesión de nomas prohibitivas, las normas más relevantes son la Convención adoptada en la Sociedad de Naciones de 26 de septiembre de 1926 sobre abolición de la esclavitud, posteriormente completada con la Convención Suplementaria relativa a la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos e instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956. A partir de estas normas, se han ido adoptando muchos instrumentos en relación con esta problemática, siendo la más inmediata el Convenio número 29 OIT sobre trabajo forzoso u obligatorio de 1930, a la que sucede una larga lista[10] de normas internacionales

El Artículo 4.- de la CEDH lleva por rúbrica "*Prohibición de esclavitud y trabajo forzado."* Y se estructura en tres aparatados diferenciados:

[10] Inmediatamente al fin de la segunda contienda mundial, se adoptó la Carta del Tribunal Militar Internacional -la Carta de Nuremberg-, y posteriormente la Declaración Universal de los derechos del Hombre de 1948 en el seno de NNUU, la CEDH, Convenio núm. 105 de la OIT sobre abolición del trabajo forzoso (1957), el Convenio sobre Alta Mar de 1958, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana de Derechos del Hombre (1969), el Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra de 1977, la Carta Africana de Derechos del Hombre y sus Pueblos de 1981, el Convenio sobre el derecho del Mar de 1982, la Convención de derechos del Niño (1989), Convenio sobre protección de los derechos de los trabajadores migrantes y miembros de sus familias(1990),la Carta Africana de derechos y bienestar del niño (1990), Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1993), la Convención Interamericana de tráfico internacional de mineros de 1994, Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda de 1994, la Convención de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes de 1995, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) de 1998, el Convenio OIT núm. 182 sobre perores formas de trabajo infantil (1999), Protocolo para la prevención, represión y sanción de la trata de personas, en particular de mujeres y niños -Protocolo de Palermo- (2000), Protocolo facultativo de 2000 al Convenio de los derechos de la infancia relativo a la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona (2002), Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativo a la lucha contra la trata de seres humanos (2002), Carta Árabe de Derechos del Hombre (2004), Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005), Convenio de derechos de las personas discapacitadas (2006), Convención de la Unión Africana sobre la protección y la asistencia a las personas desplazadas en África (2009), Convenio OIT núm. 189, de trabajadores y trabajadoras domésticas (2011), Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre prevención de la trata de seres humanos y lucha contra este fenómeno y protección de las víctimas Convención de la Asociación de Naciones de Asia del Sudeste (ASEAN) contra la trata de seres humanos, en particular mujeres y niños (2015)

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

3. No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo:

a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;

b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio

c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad

d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

Se trata de un precepto, y es importante reparar en ello antes de entrar en el análisis jurisprudencial, que tiene una estructura particular, ya que, de un lado, establece un mandato de prohibición absoluto, sin excepción de ninguna índole -subjetiva, territorial ni circunstancial- que afecta a la servidumbre y la esclavitud. Y, de otro lado, la prohibición contenida en el número 2 del precepto, la relativa al trabajo forzado u obligatorio, que admite excepciones tasadas, que son las previstas en el número tres, -que se compone de cuatro apartados- . En el precepto no hay referencia alguna a la trata de seres humanos como fenómeno diferenciado, aunque muy relacionado con los otros tres -esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso-, pero el TEDH, como vamos a ver a continuación, ha sentado ya una doctrina firme en el sentido de considerar que la trata está implícitamente incluida en el primer número, esto es, entre las prácticas absolutamente prohibidas, sin excepción admitida, en la línea adoptada por numerosas organizaciones internacionales, como la OIT en el Protocolo de 2014 sobre el trabajo forzoso.

2.1. Asunto Van der Mussele contra Bélgica, STEDH de 23 de noviembre de 1983

Pese a la distancia en el tiempo de esta sentencia, se trata del primer pronunciamiento significativo sobre trabajo forzoso del TEDH, cuyo interés radica en la definición negativa de este concepto, es decir, de los supuestos que no tienen la consideración de trabajos forzados. El supuesto de hecho se refería a un ciudadano belga nacido en 1952, residente en Amberes donde ejercía la profesión de abogado. Tras un período de pasantía, fue nombrado por el Colegio de Abogados abogado de oficio en un caso por el cual nunca percibió remuneración alguna y que le ocupó muchas horas de trabajo. Motivos por los que alegó ante el Tribunal sometimiento a trabajo forzoso y violación del art. 4.2 de la CEDH por parte de Bélgica.

Es la primera vez que el Tribunal, para interpretar la existencia de trabajo forzoso acude al Convenio núm. 29 OIT (lo que será reiterado en toda su doctrina posterior), cuyo art. 2.1 lo define como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. A partir de esta definición, se considera que si el demandante se hubiera negado sin una buena razón a prestar el servicio de asistencia jurídica no hubiera sido sancionado penalmente, pero corría el riesgo de que el Colegio de Abogados le denegara su inscripción en el Registro, lo que a juicio del Tribunal no puede considerarse suficientemente grave como para ser incluido en la expresión "bajo la amenaza de una pena cualquiera". Tampoco admite el Tribunal que en este caso el demandante no se hubiera ofrecido voluntariamente, ya que el demandante dio previamente su consentimiento a una situación que debería haber valorado podría ocurrir, siendo los inconvenientes de su profesión, según el Tribunal, perfectamente previsibles, habiéndose limitado a aceptar simplemente las normales condiciones del ejercicio de la profesión, aceptando así un régimen legal de carácter general. Por tanto, sí se ofreció voluntariamente y lo que se alega como pena, no es sino una consecuencia del ejercicio de una profesión, por todo lo cual considera que no se dan estos dos elementos -falta de voluntariedad y amenaza de pena- y, por tanto, no hay violación del art. 4.2 de la CEDH.

En esta sentencia el Tribunal se remite, además, a su entonces exigua jurisprudencia sobre la noción de trabajo forzoso, en concreto al asunto Iversen c. Noruega en 1963, donde señaló que para que exista trabajo forzoso no basta con que el trabajo se realice contra la voluntad de la persona sino que, además, es necesario que la obligación de llevarlo a cabo sea "injusta" u "opresiva, o bien que su desempeño constituya "una carga evitable", no concurriendo en este caso ninguna de estas circunstancias. Estas circunstancias (carga evitable, obligación injusta u opresiva), ciertamente no derivan del art. 2.1 del Convenio núm. 29 OIT, sino del art. 4 y ss. del mismo, que se refiere a los requisitos que se han de cumplir para la imposición de un trabajo forzoso. Y lo que hace aquí el TEDH es interpretar el número 3 del artículo 4 que es el que delimita en sentido negativo la noción de trabajo forzoso, estableciendo algunos trabajos que no tienen tal consideración a efectos de la Convención, afirmando que los cuatro apartados -a), b), c) y d)- tienen un sustrato común que apunta a la superioridad de un interés general, la solidaridad social o lo que se considera admisible en caso de condena privativa de libertad, aplicando al presente caso el último de los aparatados, el d), en el que se alude a trabajos o servicios que formen parte de las obligaciones cívicas normales. Y aquí apunta la principal conclusión del Tribunal, que es sencillamente que la obligación de prestación del demandante puede considerarse dentro del concepto de "obligaciones cívicas normales", no suponiendo éstas una "carga desproporcionada" -en alusión a las dieciséis o dieciocho horas empleadas en esta actividad por el demandante-., por lo que no considera violado el art. 4.

2.2. Asunto Siliadin c. Francia, STEDH de 26 de julio de 2005

El Asunto Siliadin -demanda núm. 73316/2001- contra Francia fue planteado por la ciudadana togolesa, Dña. Siwa Akofa Siliadin, en virtud del artículo 34 de la CEDH. Se trataba, en el momento de los hechos, de una menor de edad a la que la familia francesa de acogida confiscó su pasaporte nada más llegar, supuestamente iba a trabajar como empleada doméstica, pero se vio obligada a trabajar los siete días de la semana siendo privada de libertad de movimiento. Los hechos se desarrollaron entre julio de 1995 y julio de 1998, período en que sus servicios no se retribuyeron o se le retribuyeron sin correlación manifiesta con los servicios prestados, en condiciones de trabajo y de alojamiento incompatibles con la dignidad humana, aprovechando sus empleadores su situación de vulnerabilidad -inmigrante sin permiso de residencia ni trabajo-

En síntesis la demandante alegó que las disposiciones penales aplicables en Francia no le aseguraron una protección suficiente y efectiva contra la "servidumbre" a la que estaba sometida, o, al menos, contra el trabajo "forzado u obligatorio" que se le exigía, en el sentido del artículo 4 del Convenio. En su planteamiento, la actora no niega que se adoptasen algunas medidas y decisiones que le fueron favorables, sin embargo, las .autoridades internas en ningún momento reconocieron, explícitamente o en sustancia, la queja que ella fundaba en el incumplimiento, por el Estado, de su obligación positiva, inherente al artículo 4, de asegurarle una protección concreta y efectiva contra las prácticas prohibidas por este artículo, de las que había sido víctima por parte del matrimonio empleador , al que, en efecto, sólo se sancionó con una indemnización civil. La demandante sostenía que el Código Penal francés era demasiado abierto y evasivo y que su correlación para definir la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio era hasta tal punto imperfecta en relación con los criterios europeos e internacionales, que no se le garantizaba la protección efectiva y suficiente contra las prácticas de que había sido víctima.

En la sentencia Siliadin c. Francia el Tribunal, una de las más relevantes sin duda, realiza algunas observaciones de carácter general especialmente destacables. De un lado, el reconocimiento de una dimensión de género de estas formas de explotación. Afirmando que «*Los esclavos de hoy son en su mayoría mujeres que trabajan la mayoría de las veces en casas de particulares, a las que llegan como criadas inmigradas (...)*»[11]. Y de otro, al interpretar las obligaciones de los Estados, adopta un criterio expansivo, por entender que limitar el

[11] En los fundamentos jurídicos el TEDH se refiere a la Recomendación 1523 (2001), adoptada el 26 de junio de 2001 que, más específicamente en relación con el caso, señala como "*Desde hace algunos años, ha aparecido en Europa una nueva forma de esclavitud: la esclavitud doméstica. Se han contado más de 4 millones de mujeres vendidas año en el mundo",* por ello se recomienda a los Estados "luchar urgentemente contra la esclavitud doméstica bajo todas sus formas y velar por que el mantenimiento de una persona bajo cualquier forma de esclavitud se considere delito en todos los Estados Miembros".

cumplimiento del artículo 4 del Convenio únicamente a las actuaciones directas de las autoridades del Estado iría en contra de los instrumentos internacionales sobre esta prohibición específicamente y equivaldría a vaciar a éste de su contenido. Lo que comporta que el TEDH afirme que de esta disposición derivan necesariamente unas obligaciones positivas para los Gobiernos.

El fallo declara que la actora fue, como mínimo, sometida a un trabajo forzado en el sentido del artículo 4 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572), pero, además, entiende que, siendo ella menor en la época de los hechos, fue sometida a un estado de servidumbre en el sentido del artículo 4 del Convenio, dejando constancia de la mayor gravedad de la servidumbre, en cuanto comporta un plus en el proceso de explotación más cercano a la cosificación. En relación a las obligaciones de la República de Francia, el Tribunal considera que las disposiciones a la sazón vigentes en Francia no aseguraron a la demandante, que era menor de edad, una protección concreta y efectiva contra los actos de que fue víctima. Y aun cuando reconoce que se han producido cambios en la legislación nacional, las modificaciones se efectuaron con posterioridad, no siendo aplicables a la situación de la demandante. Al hilo de esta condena, el TEDH adopta un criterio rigorista en relación con las obligaciones de los Estados, considerando que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales implica, paralela e ineludiblemente, una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas. En definitiva, y coherentemente con esta afirmación, concluye, declarando que hubo violación de las obligaciones positivas que corresponden al Estado demandado en virtud del artículo 4 del Convenio, porque la legislación francesa no incluía tipificación específica de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados (obligación positiva que ya exigió el TEDH en M.C contra Bulgaria, PROV 2003, 253041), lo que se tradujo en que el Estado no aseguró a la demandante una protección concreta y efectiva y, por tanto, incumplió sus obligaciones positivas derivadas del art. 4.

Para fundamentar la violación del art. 4, en cuanto entiende que hubo trabajo forzoso, el TEDH, considera legislación aplicable el Convenio nº 29 de la OIT, cuyo art. 2.2. está claramente relacionado con el art. 4 de la CEDH y coherentemente señala que éste apunta a la existencia de una coacción física o moral, una amenaza de cualquier pena, un trabajo en contra de la voluntad del trabajador o para el que éste no se haya ofrecido voluntariamente (esto último en los mismos términos que ya declaró en la Sentencia Van der Mussele contra Bélgica en 1983). La amenaza de pena es aquí interpretada de forma más amplia considerando la especial vulnerabilidad de la víctima y, de la misma manera flexible, se pronuncia el Tribunal en la valoración de la voluntariedad del trabajo prestado, elemento que en este caso no se puede considerar exista, en cuanto la demandante no tenía ninguna elección (en relación a la supuesta aceptación

inicial del trabajo). Es decir, adopta conceptos materiales o realistas de amenaza de pena o pena y de concurrencia de la nota de libertad, siendo precisamente éstos los puntos más progresivos de este pronunciamiento y que influirán en pronunciamientos posteriores (concepto amplio de pena y flexible sobre la nota de voluntariedad) a la hora de delimitar conceptualmente trabajo forzado.

Además de trabajo forzado, el TEDH considera que se ha sometido a la demandante a servidumbre, en cuanto forma de violación de la libertad particularmente grave, sin embargo no considera que se haya producido esclavitud, por entender que, aunque fue privada de su libre arbitrio, no se ejerció sobre ella, jurídicamente, un verdadero derecho de propiedad, reduciéndola a objeto, cosificándola. Es éste último punto el más criticado del fallo, ya que, según este criterio la esclavitud se limita a una noción de propiedad de "iure", sin tener en cuenta que la definición de esclavitud contemporánea nos remite a "un estado" o "condición" en el que se ejercen todos los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos, sin que ello comporte la existencia de un derecho de propiedad de iure y que, por el contrario, admite la propiedad de facto cuando se controla a la persona como si realmente se tratara de una posesión y es cosificada.

2.3 .Asunto Rantsev c. Chipre y Rusia, Sentencia de 7 de enero de 2010.

En este asunto el actor sustentó su demanda en los artículos 2, 3, 4, 5 y 8 de la Convención en relación a la falta de investigación sobre las circunstancias de la muerte de su hija, la falta de protección adecuada a su hija por parte de la Policía Chipriota, mientras ella estaba viva y el fracaso de las autoridades Chipriotas de tomar acciones para castigar a los responsables por la muerte y el maltrato de su hija. En lo que se refiere a los artículos 2 y 4, denunció el fracaso de las autoridades rusas en investigar la presunta trata de su hija y su subsecuente muerte y la no adopción de acciones para protegerla del riesgo de dicha trata de personas. Finalmente, se denunció violación del artículo 6 de la Convención sobre los procedimientos de la investigación judicial en Chipre y la privación del derecho de acceso a la Corte en Chipre. Se alegó la violación del artículo 4 de la Convención tanto por parte de las autoridades rusas, como de las chipriotas, por su incapacidad para proteger a su hija de ser víctimas de la trata y su fracaso para llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias de su llegada a Chipre y la naturaleza de su empleo allí.

Esta sentencia contiene varios pronunciamientos de especial interés. En primer lugar, el más importante por novedoso, se refiere a la trata, que se viene a vincular con la esclavitud, en cuanto aquélla comporta el ejercicio del "*las competencias o de los atributos del derecho de propiedad."* Afirmando que mediante ella, "*se trata a los seres humanos como mercancías que se compran y se venden y son sometidos a trabajos forzosos, no solo se les paga poco o nada en la industria del*

sexo, sino también en otros lugares". Destaca el TEDH, que en la trata se produce una "*estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos son a menudo limitadas"*. Por ello, concluye que el tráfico, sin duda alguna, pone en peligro la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas y no puede considerarse compatible con una sociedad democrática ni con los valores de la Convención. De esta forma y a partir de esta sentencia, la trata, aunque no esté expresamente mencionada en el art. 4.1 de la CEDH, pasa a considerarse que lo ésta aun de forma implícita, considerando el Tribunal que la trata está vinculada -diríamos tiene una naturaleza medial- con la esclavitud y el trabajo forzado -aunque no siempre la trata derive en esclavitud o trabajos forzados-

En segundo lugar, y este es uno de los puntos más críticos, no sólo de esta sentencia sino de toda la doctrina del Tribunal en relación con el art. 4, el TEDH declara que no considera necesario determinar si el tratamiento de la víctima constituye "esclavitud", "servidumbre" o "trabajo forzoso u obligatorio", sin perjuicio de determinar que el supuesto planteado, calificado de trata en el sentido del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) de la Convención de Lucha contra la Trata de Personas, está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 4 de la Convención. Y ello aun cuando este precepto no se refiere a la trata de forma explícita, por entender que la esclavización, la servidumbre o el trabajo forzado serán una consecuencia inherente a la cosificación-mercantilización de la persona. Llama la atención el hecho de que, aunque elude expresamente entrar en una calificación jurídica concreta, el Tribunal, en su afán de condena de todas estas formas de violación de los derechos humanos tan pluriofensiva, parece adoptar un concepto excesivamente amplio de esclavitud equiparándola a la trata por la concurrencia en ésta de elementos propios de aquélla (control del entorno, limitación de movimientos, amenaza o trato cruel), de forma que aceptaría que es esclavitud cualquier explotación de una persona bajo amenaza o violencia, obviando que la definición internacional de esclavitud se basa en la concurrencia de un "grado" más en la degradación del ser humano, la posesión de la persona a través del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. En otros términos, aunque la trata pueda tener como fines el trabajo forzado o la esclavitud, ello no sucede en todos los casos, lo que nos lleva a entender que dado que el Tribunal considera incluida la trata en el art. 4 CEDH -aun no apareciendo de forma expresa- trata de justificar dicha inclusión relacionándola con la esclavitud, por ello la califica una forma moderna de esclavitud, pero no pretende la definición de ésta en ningún caso. En otras palabras, vincula trata y esclavitud para reforzar su interpretación favorable a incluir la trata, dentro del campo de aplicación del art. 4. Finalmente, el TEDH condena a Rusia y a Chipre por incumplimiento de sus obligaciones positivas, en cuanto no garantizaron protección ni reparación a la víctima, en este punto menos innovadora, la sentencia sigue la doctrina sentada en el Asunto Siliadin contra Francia.

2.4 Asunto C. N. y V. c. Francia, Sentencia de 11 de octubre de 2012

El asunto se refería a la demanda por violación del art. 4, en relación con la prohibición de servidumbre y de trabajo forzado u obligatorio en Francia. Las demandantes alegaban la existencia de servidumbre en relación a los trabajos caseros y domésticos no remunerados en casa de unos parientes (su tío y tía). Las dos hermanas huérfanas burundesas de seis y diez años acudieron, junto con otras tres hermanas que fueron realojadas en otra familia de acogida, en busca de protección por parte de la única familia que tenían, fueron alojadas en una bodega en el sótano de la casa, se las obligó a realizar el trabajo doméstico y de mantenimiento de la casa familiar, incluyendo cuidado de un hijo discapacitado de sus tíos y labores de jardinearía, sin salario y sin descanso, sin acceso a cuarto de baño, no compartían comida con la familia sino que comían a parte a base de pasta y arroz. Realizaron estos trabajos bajo amenaza de ser devueltas a Burudi.

El TEDH concluye que existe violación del artículo 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado), con respecto a la primera demandante (C.N.), por no haber el Estado implementado un marco legislativo y administrativo que permita luchar eficazmente contra la servidumbre y el trabajo forzado. Y ello por cuanto C.N. había sido sometida a un trabajo forzado u obligatorio, debiendo realizar, bajo amenaza de ser reenviada a Burundi, un trabajo que una persona profesionalmente remunerada hubiera denominado un "trabajo forzado" Es decir, sienta la doctrina de que la amenaza bajo la cual se había realizado el trabajo, la devolución a Burundi, en situación de vulnerabilidad extrema, es una amenaza de sanción que sustenta la existencia de un trabajo forzado, que se diferencia de los trabajos ligados con la ayuda familiar o la convivencia, por la naturaleza y el volumen de la actividad de la que se trata, en este caso exorbitantes. El TEDH estimó que, además, C.N. había estado en situación de servidumbre, puesto que ella tenía el sentimiento de que su condición era inmutable y no susceptible de evolucionar. En base a esta calificación de los hechos, se condenó a Francia por considerar que ha faltado a las obligaciones positivas que le incumbían a título del artículo 4 del Convenio.

Para fundamentar la existencia de trabajo forzoso prohibida por el art. 4.1 CEDH, el Tribunal se remite expresamente al art. 2.1 del Convenio núm. 29 OIT según el cual es trabajo forzoso "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" .También aclara, conforme a su doctrina anterior, que no todo trabajo exigido bajo amenaza de pena está prohibido por esta disposición, pero en este caso es la naturaleza y el volumen de la actividad lo que marca los límites entre la prohibición y sus excepciones, siendo estos aspectos los que permiten delimitar el trabajo forzado y las tareas de colaboración en el seno de un grupo familiar o de convivencia. En este sentido se remite a su propia doctrina en

el Asunto Van der Mussele c. Bélgica, de 23 de noviembre de 1989 en el que ya aparecía el concepto "carga desproporcionada" de trabajo. En cuanto a la noción de pena, vuelve a incidir en una configuración amplia, en la que incluye no sólo la violencia física o la coacción física, sino la coacción psicológica -atendiendo a la vulnerabilidad de la persona- en coherencia con el Informe de la OIT *"El costo de la coacción",* de 1999.

Además, de trabajo forzado, como hemos adelantado, el Tribunal, considera que, en relación a la primera demandante, ha habido sometimiento a servidumbre. Entre los elementos que se consideran aquí para declarar que ha existido servidumbre, parece estar el factor locativo, en el sentido de que la persona sometida a trabajo forzado reside en la propiedad de sus empleadores[12], a lo que se añade que fueron acogidas con fines de explotación bajo engaño y aprovechando su situación de vulnerabilidad, cometiendo actos que bien podrían considerarse como trata, aunque finalmente los califica como servidumbre a la que define aquí como "una forma especialmente grave de negación de la libertad", consistente en un "deber de prestar servicio bajo coacción", muy próxima a la esclavitud; una situación que es percibida por el individuo como inalterable o inmutable -convicción de que no podrá salir de ella-. Y, aunque no llega a declarar claramente donde está la frontera entre la servidumbre y la esclavitud, deja entrever que es una cuestión de grado o intensidad, ya que aunque en ambos supuestos la persona es privada de su libertad de decisión, autonomía o incluso libertad de movimientos, por lo que será el grado de control de la persona hasta el extremo de ejercer los atributos -todos o algunos- del derecho de propiedad, lo que llevaría a la calificación de esclavitud, lo que, dicho sea de paso, ha rehuido admitir el Tribunal en todos los casos planteados hasta ahora. Se podría deducir de todos los elementos analizados aquí por el TEDH que la servidumbre implica la existencia de trabajo forzado necesariamente, pero que va más allá que éste al comportar la concurrencia con factores adicionales de limitación de las libertades del individuo, el factor locativo -vivir en una propiedad del amo- y el temporal -la inmutabilidad de la situación-

2.5. Asunto C. N. c. Reino Unido, de 13 de noviembre de 2.012

En este caso, la demandante, una nacional ugandesa denunció haber sido víctima de esclavitud doméstica, así como forzada a trabajar y alegó violación del artículo 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado). El TEDH estima que las disposiciones en vigor en el Reino Unido en el momento de los hechos no permitían proteger, de manera concreta y efectiva, contra actos contrarios

[12] Parece seguir aquí el Tribunal el planteamiento de la Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, efectuado por la Comisión del caso Van Droogenbroeck, que considera que para que haya servidumbre, "además de la obligación de prestar determinados servicios a los demás" ha de concurrir el requisito de que el siervo esté obligado a vivir en la propiedad de los demás y no pueda cambiar su condición.

al artículo 4. Mas concretamente, la demandante nacida en Uganda en 1979, viajó al Reino Unido con un pasaporte falso para reunirse con un familiar que le había prometido ayuda en su huida de la violencia sexual sufrida en su país. Nada más llegar, el familiar le quitó sus documentos de viaje, pasando a vivir durante meses retenida en diversas casas donde trabajó proporcionando cuidados personales sin descanso y sin percibir remuneración alguna. La demanda se centraba en el incumplimiento del art. 4 de la CEDH por parte del Reino Unido de sus obligaciones positivas de protección por con no contar con leyes penales que castiguen el trabajo forzoso y la servidumbre. A partir de su propia doctrina, sentada en el caso Siliadin contra Francia, ratificando que la servidumbre como una "forma particularmente grave de la negación de la libertad" incluye, además de la obligación de prestar ciertos servicios para otro bajo amenaza, la de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de modificar su condición. También vuelve a referirse a su doctrina en el caso Siliadin en relación a la noción de trabajo forzoso, adoptando el concepto del Convenio núm. 29 IOT que lo define como trabajo exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para la que dicho individuo no se ofrece voluntariamente, siendo relevante la existencia de una coacción física o mental, lo que concurre en el caso enjuiciado aquí por tratarse de una adolescente en situación ilegal en país extranjero, que vivía bajo el temor de ser detenida por la policía, habiendo influido en esta convicción del Tribunal el informe presentado por la organización POPPI PROJEC y del psiquiatra forense, que vienen a destacar la vulnerabilidad de los inmigrantes en situación irregular en país extranjero.

El Reino Unido, según la sentencia, ha incumplido sus obligaciones positivas al no incluir en el ordenamiento interno la prohibición de trabajo forzado ni servidumbre, lo que impidió su protección, como viene a reconocer la policía que alegó la inexistencia de delito que pudiera servir para amparar su situación, por lo que no hubo ninguna detención ni se llevó a cabo investigación policial alguna, ni actuación por parte de la Inspección de Trabajo, sin que la existencia de otros delitos relacionados con la explotación laboral le brindaran protección suficiente. Todo lo cual lleva al Tribunal a condenar al Reino Unido por incumplimiento de sus obligaciones positivas en relación con el art. 4 ante la existencia de trabajo forzado y servidumbre en una sentencia que contiene escasas o ninguna innovación respecto a su jurisprudencia anterior, como no sea el reconocimiento más explícito de la vulnerabilidad de los inmigrantes en situación ilegal, de cara a valorar la concurrencia de voluntariedad o no y de amenaza.

2.6. Asunto J y otros c. Austria, de 17 de enero de 2017

El supuesto de hecho de esta sentencia se refiere a tres nacionales filipinas, la primera y la tercera fueron reclutadas en 2006 y 2009 por una agencia de

colocación en Manila para trabajar como empleadas de hogar o como au pair en Dubai (Emiratos Árabes Unidos), mientras que la segunda demandante se desplazó a Dubai con el mismo fin en diciembre de 2008, aconsejada por la primera demandante, sin intervención de agencia de colocación. En Dubai sus empleadores les requisaron sus pasaportes y les acusan de haberles dado malos tratos haber sido explotadas sin pagarles el salario convenio y de haber sido obligadas a trabajar en horarios extraordinariamente pesados bajo la amenaza de nuevos castigos. La primera de ellas, tomó contacto con una agencia de colocación de Manila, era soltera y madre de una niña de ocho meses y firmó un contrato por dos años como empleada de hogar en Dubai, a razón de ocho horas de trabajo por día laborable, a cambio de un salario mensual de 700 dirhmans -alrededor de 150 euros en aquél momento- Aunque le retiraron el pasaporte a su llegada a la gran mansión de las dos empleadoras, en un principio no padeció malos tratos ni amenaza y le abonaron regularmente sus salarios, aunque sí trabajó desde las cinco de la madrugada hasta media noche todos los días durante dos años que realizó trabajos de cuidado de los niños, cocina, lavado, planchado y jardín y, además se le prohibió salir de la casa salvo bajo la vigilancia de sus empleadores. También se le prohibió disponer de teléfono personal y solo la autorizaban a llamar a su familia una vez al mes, descontando el coste de la llamada de su salario. Igualmente se le prohibió hablar con otros empleados filipinos en su lengua materna, se la insultaba y no solo se alimentaba de sobras de la familia. A los nueve meses de su llegada sufrió el primer castigo, la obligaron a dormir en el suelo por haber hablado su lengua natal con otro empleado, cuando cayó enferma se le impidió comprar medicinas y acudir al médico, forzándola a trabajar con la misma intensidad. Al finalizar su contrato de dos años le pidieron que renovara, prometiéndole un aumento de su salario, contar con su propio teléfono y que podría visitar a su familia a cambio de que buscara una sustituta. Aceptó y viajó a Filipinas por un período de tres meses, y dadas las mejoras prometidas, buscó una sustituta, la segunda demandante. .Durante su estancia allí, se la amenazó con que si no volvía, nunca podría entrar de nuevo en Dubai y su sustituta sufriría malos tratos en consencuencia, lo que determinó su vuelta en abril de 2009. La segunda demandante fue obligada a obtener el carnet de conducir, como suspendió cuatro veces se le descontaron los gastos del salario, en la conducción fue golpeada y abofeteada por sus fallos o, incluso sin razón. En cuanto a la tercera demandante, ante la necesidad económica acudió a una agencia de colocación en Filipinas donde le propusieron trabajar en Dubai como mujer de limpieza para una familia por un salario dos veces más elevado que el que ganaría en Filipinas y nada más llegar un representante de la agencia en Dubai le retió el pasaporte y el telefono móvil y una vez comenzó a trabajar se vio forzada a las mismas condiciones laborales, retrasos en el abono del salario- y vejaciones. Cuando anunció su intención de resolver el contrato y volver a Filipinas se le exigió el pago del

precio del billete de avión y honorarios de la agencia de colocación y se le dijo que no se le devolvería su pasaporte si no trabajaba un mínimo de nueve meses.

Es visible que todos estos hechos de producen en un Estado no miembro del Consejo de Europa, no obstante, la cuestión afecta a la competencia del TEDH por el hecho de que estas empleadas y sus empleadores viajaron el 2 de juilio de 2010 a Austria de vacaciones, alojándose todos ellos en el mismo hotel y permanenciendo ellas confinadas en las habitaciones y sin disponer de sus pasaportes que siguen reteniendo sus empleadores. Allí conocieron a una empeleada del hotel que hablaba tagalo dando cuenta de la situación que vivian. Con motivo de una salida a un zoológico, uno de los niños de la familia se perdió por unos instantes, lo que generó una escalada en el trato inhumano y degradante como nunca antes. Ante la toma de conciencia, con la ayuda de dicha empleada, huyeron del hotel, a un lugar seguro y fueron asistidas por la comunidad filipina en Viena. Alrededor de nueve meses después de haber escapado de sus empleadores contactaron con la organización LEFO dedicada a combatir la trata de seres humanos en este país, presentaron denuncia penal contra sus empleadores ante la policía austriaca alegando ser víctimas de trata y tras largos interrogatorios la actuación concluyó en que se trataba de infracciones cometidas en el extrajero. Se les informó que sus empleadores se habían quejado a la policía y las acusaron de robo de dinero y telfono móvil, habiendo reconocido las autoridades la inexactitud de estas acusaciones, pero en primera Instancia se dedió el archivo de las actuaciones penales por dicho motivo -los hechos no habían tenido lugar en Austria-. Y planteado recurso contra esta decisión, alegando que los empleadores siguieron explotándolas y maltratándolas en Austria, se vuelve a ratificar la misma decisión por el mismo motivo, eran extranjeras, los empleadores eran extranjeros y los hechos en Austria se limitan a tres días en los que no pudo haber lugar a dichos actos por la corta duración . Y aunque el Derecho Penal austriaco contempla excepcionalmente su aplicación independientemente del derecho penal de pais donde la infracción ha sido cometida cuando la infracción afecta los intereses de Austria o su autor no puede ser extraditado, en este caso no se cumplen los requisitos ya que los actos debieran haberse producido por un tiempo superior, lo que determina la incompetencia de las autoridades austiacas.También presentaron demanda de salarios atrasados de la que desistieron por imposiblidad de asumir los gastos, dado que sus emleadores residen fuera de Ausria. Y finalmente obtuvieron de las autoridades austricaas un permiso de estancia especial como víctimas de trata de seres humanos, inicialmente de un año, que fue renovado por periodos de más larga duración

El TEDH desestima la demanda y no condena a Austria por violación del art. 4 de la CEDH siendo destacables algunas de las apreciaciones al hilo del asunto. En sentido positivo, en primer lugar, reitera que la trata es un atentado contra la dignidad humana que con frecuencia es una forma moderna de esclavitud,

volviendo a indicar que la trata entra dentro del campo de aplicación del art. 4. 1 de la CEDH, tal como estableció en el asunto Rantsev, reiterando que ésta comporta el jercicio de poderes propios del derecho de propiedad sobre personas. En segundo lugar, afirma la dimensión transnacional del problema y que ello no impide la respondabilidad de los Estados por su inacción o incomplimiento de su obligación positiva de protección de las víctivas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado, estando oblgiados a realizar una investigación profunda de los hechos desde que éstos llegan a su conocimiento; y ello, con independencia, imparcialidad, celeridad y diligencia razonable, y si la situación de la víctima lo exige, con urgencia. Se trata de una obligación no de resultados sino de medios (Rantsev), aunque ello no puede comportar imponer a las autoridades una "carga insoportble o excesiva".

En sentido más criticable, el Tribunal considera que los tratos sufridos se produjeron durante años en Dubai y solo tres días en Austria, no siendo imputables a Austria sino a particulares extranejeros, lo que implica que en este caso se analicen las obligaciones positivas y no las negativas. La primera de las obligaciones positivas sería en este caso identificar a las demandantes como víctimas de trata proporcionándoles una protección como tales y la segunda la ogligación positiva de llevar a cabo una investigación sobre las infracciones denunciadas con todas las garantías. En cuanto se han beneficiado del régimen aplicable a las víctimas de trata en cuanto se dirigieron a la policía, fueron atendidas por personal especialmente formado de la policía, se les dio permiso de estancia y de trabajo para regularizar su situación en Austira y se les protegió de divulgación de sus datos pesonales para su protección, se beneficiaron de un representante jurídico y se les dió una ayuda económica de integración en Austria, se considera que sí cumplió sus obligaciones positivas en este punto.

La cuestión más problemática se refiere al alcance procesal del art. 4 de la CEDH que según el Tribunal no impone a los Estados la obligación de establcer la compentencia universal contra las infracciones de trata cometidas en el extranjero. Por tanto, Austria no está obligada según la Convención a investigar el reclutamiento en Filipinas ni la explotación que dicen haber sufrido en Dubai. Y por su corta duración, los hechos supuestamente sucedidos en territorio austriaco no son suficientes para poder concluir que se hayan producido aquí los hechos constitutivos que establece el Código Penal,no habiendo planteado las demandantes que los hechos que denuncian se hayan producido en Austria. Y aunque, como alegan éstas los actos cometidos en Filipinas, Emiratos Árabes Unidos y Austria no pueden ser considerados aisladamente, entiende el Tribunal que no es menos cierto que Austria cumplio su obligación positiva de investigar los hechos y lo único que podía haber hecho es solicitar ayuda judicial a los Emiratos Árabes, pero al no contar con acuerdo de cooperación con este Estado, no podía razonablemente llevar a cabo más actuaciones o éstas estarían previsiblemente estarían condenadas al fracaso.

En conclusión la Corte estima que las autoridades de Austria han incumplido su obligación de acordar a las demandantes la protección debida a las víctimas de trata y declarándose imcompetences para concoer las infracciones cometidas en el extranjero no han incumplido sus obligaciones positivas desde un punto de vista procesal derivadas del art. 4 de la Convenión. Por tanto Austria no ha violado el art. 4.

Esta sentecia tiene la particularidad de contar con una "opinión concordante" del juez Pinto de Albuquerque, quien, aunque suscribe el fallo unánime de la Corte, disiente en los fundamentos del mismo. Muy sintéticamente, esta opinión difiere de la setencia en que la aplicación del derecho interno austriaco a los hechos no es conforme a Derecho Intenacional porque la represión de la trata no exige la prueba de existencia de malos tratos, porque no depende de la duracion de la práctica constitutiva de trata y menos aún de la duración efectiva de la explotación de ella derivada (incluso no exige que haya habido explotación efectiva). Y aunque el Estado alegó cuatro motivos para el archivo de actuaciones (falta de competencia para conocer de un reclutamiento en Filipinas y explotación en Dubai, ausencia de acuerdo de cooperación judicial con estos países, el margen de aprecición del art. 210 del Código Penal y el principio de derecho interno según el cual no cabe procesamiento sin presencia del acusado), lo cierto es que lo determinante para este magistrado es que las demandantes acudieron muy tardíamente a las autoridades austriacas, que, de haberlo hecho con más prontitud podrían haber suspendido el procedimiento y luego haber continuado con él. De esta manera Austria ha sido eficaz en la protección de las víctimas pero no en el castigo a los traficantes y esclavistas . Para este magistrado el deber de llevar a cabo una investigación profunda, no se puede considerar plenamente cumplido, pero en ello ha sido determinante la tardía actuación de las victimas, por lo que no se podía hacer más razonablemente, lo que justifica el voto de no violación.

En definitiva, esta sentencia evidencia uno de los punto débiles de la Convención, al menos tal y como la ha interpretado aquí el Tribunal, ya que los fenómenos relacionados con el trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud y la trata tienen un componente extraterritorial en la mayoría de los casos. Al sostener que el art. 4 no impone a los Estados la obligación de establecer una competencia univesarl de estas infracciones, la extraterritorialidad, plantea un serio obstáculo para la exigencia a los Estados de un mayor compromiso en la lucha contra la trata de personas con fínes de trabajo forzado, servidumbre o esclavitud.

2.7. Chowdury y otros c. Grecia, Sentencia de 30 de marzo de 2017

El supuesto de hecho de esta sentencia se refiere a un grupo de trabajadores agrarios, temporales (recogida de la fresa) extranjeros –nacionales de Bangladesh-, en situación irregular, sin permiso de trabajo, en Grecia. Ante las

condiciones de vida y de trabajo indignas, pero sobre todo ante el impago de seis mensualidades del salario pactado, inician una huelga para reclamar el pago de dichos salarios, siendo abatidos a tiros por guardias armados de la empresa. Se demanda a Grecia por violación del art. 4 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales relativo a la trata de seres humanos, trabajos forzados y esclavitud o prácticas análogas a ésta. El TEDH condena a Grecia por incumplimiento de obligaciones activas - de prevención de la trata, y de tutela de las víctimas-. No obstante, el TEDH no considera que haya existido esclavitud ni servidumbre, sino tan solo trata con fines explotación laboral, siendo un exponente de la reticencia en este órgano judicial a admitir la existencia de formas contemporáneas de esclavitud en Europa, considerando que se está ante trata de seres humanos con fines de explotación laboral; es decir, relaciones laborales en la que concurren ilícitos como el impago de salarios, en contraste con otros tribunales internacionales que en el mismo sector han considerado se ha producido esclavitud (Tribunal Interamericano de Derecho Humanos, Asunto Brasil Verde, de 20 de octubre de 2016).

El interés de esta sentencia, que, en lo sustancial, como veremos, no innova la doctrina anterior del TEDH, radica en el supuesto de hecho, por dos motivos fundamentales. De un lado, por la dimensión social del supuesto de hecho que está en la base de la demanda ante el Tribunal, ya que, más allá de elevado número de los demandantes, a diferencia de los casos anteriormente tratados, éste no afecta a una persona esclavizada de forma individualizada, en un ámbito privado u oculto, sino a toda una colectividad (cientos de inmigrantes en situación irregular), de forma abierta y con probada trascendencia pública y notoriedad social. Y, de otro lado, en el comportamiento de los poderes públicos en un Estado Miembro de la UE (Grecia), realmente tibio, teniendo en cuenta, no ya que se disparara e hiriera gravemente a trabajadores que reclamaban, inermes, sus salarios, sino el conocimiento por los tribunales internos de hechos probados tan relevantes como "cotidianos" como el sometimiento a trabajo bajo vigilancia armada de cientos de trabajadores (al margen de los que fueron abatidos a tiros) .

El TEDH parte aquí de la existencia de un consentimiento libre por parte de los obreros o trabajadores (un contrato laboral), olvidando aquí el TEDH su propia doctrina sobre la libertad efectiva, más allá de una estricta y mixtificadora noción de libertad formal, sin considerar que se trata de una situación de vulnerabilidad, cuando se habla de migrantes, en situación irregular, sin vivienda, sin medio de vida y sin conocimiento de lengua, que no perciben salarios, al menos durante seis meses (y con promesa de no recibirlos si no se continua trabajando); actividad que desempeñan, además, bajo vigilancia armada y que, ante una huelga reivindicativa del pago de salarios adeudados, son abatidos a tiros.

La fundamentación jurídica es aquí predominantemente formalista a la hora de interpretar elementos tales como la libertad de consentimiento, la libertad

de movimientos, la realización del trabajo bajo amenaza de una pena o la inmutabilidad de la situación estos trabajadores. Desde nuestro punto de vista, no cabe afirmar que los trabajadores consintieran con libertad real, ni que tuvieran libertad de movimientos y menos aún que la inmutabilidad sea hoy un elemento definitorio de la esclavitud o servidumbre Es la primera vez que el TEDH se ve obligado a pronunciarse sobre una actividad, la agraria; toda su doctrina anterior -salvo algún trabajo forzoso como deber cívico- se ha limitado al ámbito doméstico y la prostitución, por ello quizá se rehúye calificar los hechos como constitutivos de esclavitud o servidumbre, pese a que su propia doctrina sería perfectamente extrapolable aquí. En su lugar, prefiere calificar los hechos de trata con fines de explotación laboral y trabajo forzado, lo que significa que los hechos, al margen de la trata -que entra en el campo de aplicación del art. 4- son considerados como un supuesto de explotación laboral -aun extrema- que no llega a constituir servidumbre ni esclavitud. . Se alude a la existencia de incumplimientos laborales y de protección social –retraso en el pago o impago de salarios, inexistencia de aseguramiento, horarios…- para reconocer una reparación pseudo laboral de violaciones de derechos humanos de extrema gravedad., olvidando que las formas contemporáneas de esclavitud no se sustentan sobre el derecho de propiedad de iure de las personas (porque de lo que se trata es del ejercicio de los atributos del derecho de propiedad o de alguno de ellos), ni sobre los vínculos jurídicos de sometimiento definitorios del estatus de siervo, sino que adoptan otras formas de poder fáctico.

Desde otro punto de vista, es igualmente destacable, aunque no novedoso, por su importancia cuantitativa y cualitativa la intervención en el proceso ante el TEDH, como terceros, de la Facultad de Derecho de Lund (Suecia), la Confederación Sindical Internacional, la organización Anti Slavery International, el Centro AIRE (Advice for Individual Rights in Europe) y la Plataforma de Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados –PICUM- . Manifestando la creciente tendencia a la participación de estas organizaciones en estas cuestiones, con todo lo que ello significa en orden a su relevancia social.

El TEDH condena al Estado griego al abono de una indemnización de 16.000 euros a 21 de los demandantes, 12.000 euros a otros 21 demandantes, además de 4.363,6 euros conjuntamente a todos los demandantes para impuestos y gastos. Dadas las sumas de la condena, aunque no sean excesivas, las críticas a la sentencia se refieren, desde mi punto de vista, más a la calificación de los hechos y la fundamentación jurídica, que a una deficiente o no proporcionada tutela reparadora de las víctimas por parte del Tribunal, siendo la condena más elevada acordada hasta la fecha.

A tal efecto conviene precisar algunos datos del supuesto de hecho: los demandantes ante el TEDH son 42 ciudadanos migrantes de Bangladesh que demandan al Estado griego en virtud del art. 34 del CEDH, alegando violación

del artículo 4, por trabajos forzados y trata de personas. Concretamente, eran inmigrantes en situación irregular, al vivir en Grecia sin permiso de trabajo ni de residencia, que fueron reclutados en Atenas y otras localidades y trasladados para trabajar en la recolección de fresas a un pueblo pequeño, Manolada, de 2.000 habitantes, situado en Ilia –península del Peloponeso- en Grecia. Esta actividad agraria reviste gran importancia económica para el país, ya que aquí se produce el 90% del consumo nacional y el 70% del destinado a exportación-. Es una zona donde abundan trabajadores inmigrantes procedentes de Pakistán y Bangladesh, unos, empleados de forma estable y otros estacionales o temporales. En la explotación trabajaban 150 trabajadores migrantes de Bangladesh, divididos en tres equipos y con capataces de la misma nacionalidad. Según los demandantes, el trabajo que desarrollaban era trabajo forzoso y su situación se había producido como consecuencia de la trata de seres humanos en los términos del artículo 4 de la Convención. Para fundamentar esta afirmación, declararon que fueron reclutados porque se les prometió un salario de 22 euros por día, siete horas de trabajo y 3 euros más por horas extraordinarias; y un horario de trabajo de 7 a 19 horas, todos los días, en los invernaderos de la empresa. Comenzaron a trabajar bajo el control de guardas armados de la empresa y, aunque se les dijo habitarían viviendas sencillas, se construyeron ellos mismos cabañas de cartón, nylon y bambú, no disponían de aseos, ni agua corriente ni electricidad. Pese a los retrasos en el abono de salarios, se les amenazó con el impago si no seguían trabajando. Ocasionalmente se les proporcionaban pequeñas sumas para la compra de alimentos En tres ocasiones reclamaron los salarios impagados –febrero de 2013, marzo de 2013 y abril de 2013- , ante lo cual se declararon en huelga. El día 17 de abril de 2013 los empresarios hicieron llegar a otros inmigrantes de Bangladesh para continuar con la actividad, por lo que temiendo no ser retribuidos por la concluida estación 2012-2013 se dirigieron a los dos empleadores que estaban presentes pidiendo el pago de sus salarios. Un guarda armado abrió fuego contra los obreros, hiriendo de gravedad a treinta –21 de ellos demandantes ante el TEDH-. Los obreros heridos fueron trasladados al hospital y atendidos e interrogados por la policía.

El 18 y 19 de abril de 2013 la policía detuvo a los dos empleadores, al guardia que disparó y a otro capataz armado presente en el momento de los hechos. En el interrogatorio preliminar sirvieron de intérpretes otros trabajadores empleados por los detenidos, ciudadanos de Bangladesh. El 19 de abril, el Fiscal de Amaliada imputa por tentativa de homicidio a los sospechosos y promueve la acusación ante el Fiscal del Tribunal Supremo por la trata de seres humanos conforme al art. 323 del Código Penal griego. –Posteriormente el Fiscal recalificó los hechos de tentativa de homicidio por el de lesiones corporales graves. Además, el Fiscal de Amaliada reconoció que 35 obreros –entre ellos cuatro jefes de equipo- habían sido objeto de trata de seres humanos, por lo que su estancia devenía

legal, conforme establece el artículo 2 de la Ley 3064/2002 de represión de la trata, crímenes contra la libertad sexual, pedopornografía y explotación sexual, de Grecia. Posteriormente, el 8 de mayo de 2013, 120 trabajadores –entre ellos 21 demandantes ante el TEDH- que no fueron heridos en los sucesos solicitaron al Fiscal de Amaliada se imputara a los cuatro detenidos, respectivamente, por delito de trata y tentativa de homicidio. A tal efecto invocaban que trabajaban en condiciones de trata y trabajo forzado y que pertenecían al grupo de víctimas del tiroteo el día de la huelga. Invocaban a su favor, lo previsto en el Protocolo de Palermo (ONU, 2000), exigiendo que se investigaran los hechos, constitutivos de delito tipificado en el art. 323 del Código Penal –explotación laboral-.y reclamaban la condición de víctimas de trata al estar presentes el día 17 de abril de 2013 cuando se reclamaron los salarios y se produjeron los disparos, de la misma manera que se les había reconocido dicha condición a los 35 demandantes. La policía interrogó a los 21 denunciantes no heridos, trasladando sus declaraciones al Fiscal de Amaliada.

El 4 de agosto de 2014 el Fiscal de Amaliada rechazó la solicitud de estos 120 obreros argumentando que fueron buscados por la policía en la investigación preliminar, que solo 10 fueron encontrados e interrogados, detectando que sus declaraciones no se correspondían con la realidad y que si realmente hubieran sido víctimas habrían acudido el 17 de abril de 2013 a la policía junto al resto de los denunciantes –que fueron 35- no esperando hasta el 8 de mayo, sin que se pueda admitir que no lo hicieron por temor a represalias, ya que la policía se personó en los campos. Por todo ello el Fiscal deduce que fueron a la policía a reclamar cuando se enteraron de que como víctimas de trata recibirían títulos de estancia legal. Posteriormente el Fiscal superior resolvió la reclamación de estos trabajadores -120- contra la Decisión del Fiscal de Amadalia, confirmándola por no hallar justificación en sus alegaciones sobre la tardanza y porque se podía entrever la intención de obtener los beneficios propios del reconocimiento de la condición de víctimas de trata.

En cuanto a los acusados, el Tribunal de Primera Instancia de Patras en proceso penal dictó sentencia conforme a la cual se consideraba que solo uno de los dos supuestos empleadores era autor de un delito de trata, mientras que los otros tres acusados –el otro supuesto empresario y dos guardias privados- eran solo cómplices de dicho delito. En segundo lugar, declaró que los 35 obreros fueron objeto de trata por concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos, argumentando que la explotación, conforme a las normas internacionales, es el medio de comisión de la trata, según el art. 4 de la CEDH y, de la misma manera, el art. 22 de la Constitución Griega que prohíbe el trabajo forzoso y la explotación en el trabajo, que incluye todos los actos de violación de la legislación laboral. El Tribunal de Primera Instancia consideró probado que los trabajadores no percibieron salarios durante seis meses, que los acusados actuaron sin escrúpulos,

que se imponían a los trabajadores por medio de amenazas y el uso de armas, que trabajaban en condiciones extremas y que estaban sometidos a humillaciones constantes. También se reconoció en esta sentencia, dándose por probado, que el 17 de abril de 2013, el empresario informó a los trabajadores en huelga que no les pagaría y que les matarían si no seguían trabajando para él. Como los trabajadores no cedían en sus reivindicaciones, ordenó se quemaran sus cabañas, les exigió que se marcharan y que procedería a contratar a otros trabajadores (lo que efectivamente se produjo). También quedó probado que la policía de Amaliada, dos días antes de los hechos –refiriéndose a los disparos- recibió la denuncia de los trabajadores por impago de sus salarios, así como que un policía habló por teléfono con uno de los empleadores. Finalmente, es importante señalar que el Tribunal de Patras dio por probado que los trabajadores consintieron la prestación de sus servicios a cambio de un salario de 22 euros diarios y un alojamiento sencillo. Finalmente, resume los hechos declarando que hubo una situación de sobreexplotación y barbarie por parte de estos terratenientes que sometieron a estos inmigrantes.

Pese al reconocimiento de estos hechos como probados, la Sentencia de 30 de julio de 2014 del tribunal griego de instancia –Primera Instancia de Patras- declaró la absolución de los cuatro acusados por el delito de trata por no concurrencia de los elementos objetivos, la condena de uno de los guardias y un empleador por delito de daño corporal grave -14 años y siete meses al guarda y 8 años y siete meses de prisión al empresario-. El otro capataz fue absuelto por considerar que no tuvo intención de matar sino solo de alejarlos y evitar que él y los otros tres acusados fueran acorralados. El otro acusado fue absuelto por no queda probado que fuera empleador de estos trabajadores –ya que no era el sujeto obligado al pago de salarios-, ni que estuviera implicado como instigador de la agresión armada. Las condenas se sustituyeron por sanción pecuniaria de 5 euros por día de detención, además de otra condena al abono de 1500 euros a pagar en total a los 35 obreros reconocidos como víctimas –es decir 43 euros por persona-.

Entre los motivos que llevaron al Tribunal de Patras a rechazar la existencia de un delito de trata figuran los siguientes: que las condiciones de trabajo eran conocidas por todos los trabajadores a través de sus jefes de quipo, que los obreros fueron informados de sus condiciones de trabajo y que aceptaron libremente tras considerarlas satisfactorias; y que hasta febrero de 2013 no habían formulado ninguna queja ni reclamación sobre sus condiciones ni sobre el impago de sus salarios. Además, en la fundamentación de la sentencia, se sostiene que, en realidad, no hubo impago de salario, sino solo un retraso; que no hubo actitud amenazante ni intimidatoria, porque si así fuera habrían abandonado el lugar de trabajo. También razona el Tribunal de Patras, en los fundamentos de derecho, que la descripción de los hechos en la demanda fue vaga e imprecisa, insistiendo en que se trataba de una relación sustentada en la libertad, siendo prueba de ello,

según el Tribunal, que "en su tiempo libre gozaban de libertad de movimientos, podían circular por la región, hacer sus compras". Reforzando el fallo contrario a la existencia de trata, y pese a todos los elementos fácticos probados, la sentencia afirma que no se ha demostrado que los dos empleadores hayan arrancado su consentimiento aprovechando su situación de vulnerabilidad. Es más, para el tribunal griego, lo que existió fue una relación laboral, no una maquinación ni un engaño para conducir a la dominación de estos trabajadores. Tampoco consideró que vivieran en una situación de exclusión del mundo exterior, sin posibilidad de abandonar la relación y buscar otro empleo, es más, afirmó que estos trabajadores tuvieron la facultad de negociar sus condiciones de trabajo y que el hecho de que su estancia fuera ilegal no fue aprovechado por sus empleadores como medio de amenaza para continuar trabajando. En la consideración de este tribunal griego, para que exista vulnerabilidad " es necesario que la víctima esté en tal estado de pobreza que el rechazo a someterse al autor de la infracción resulte absurdo, es decir, que la víctima ha de estar en una debilidad absoluta, hasta no poder protegerse a sí misma"·. Por todo ello considera que en este caso hay una relación laboral, que las condiciones del lugar de trabajo no tenían por finalidad humillar ni conducir a la dominación, ni la exclusión del mundo exterior, ni imposibilidad de abandonar el trabajo ni la relación. Y, haciendo un claro juicio de valor, señala que los trabajadores habrían continuado trabajando si se les hubieran abonado los salarios y que, si hubieran sido objeto de amenaza de muerte, realmente, habrían abandonado el trabajo.

De esta fundamentación y fallo podemos concluir que el tribunal griego considera que, al margen de un delito de lesiones, ésta es una relación laboral, en la que se ha producido un incumplimiento, el impago (en realidad, un simple retraso) de salarios. Esta sentencia fue recurrida en julio de 2014 y la interposición tiene efectos suspensivos de la sentencia de instancia. Los demandantes solicitaron en octubre de 2014 al Fiscal supremo que se personara en casación, ante la negativa de la instancia a reconocer la situación de vulnerabilidad, lo que fue rechazado el 27 de octubre de 2014, rechazando también personarse por no concurrir los requisitos legales para ello, por lo que la Sentencia de Instancia devino irrevocable.

Junto a estos antecedentes judiciales, entre otros hechos probados que considera el TEDH, destaca el Informe de 22 de abril de 2008 del Defensor del Pueblo de Grecia en el que se advierte de la existencia de explotación laboral con privación de libertad y condiciones de trabajo miserables de extranjeros en Ilia También considera hecho probado que, como consecuencia del Informe del Defensor del Pueblo, el Ministerio de Trabajo informó de la realización de once inspecciones en la zona, encontrando 8 casos de salarios inferiores a los previstos en el convenio colectivo y destacando que a un empresario se le suspendió el derecho de explotación por ignorar las advertencias de la Inspección de Trabajo.

Otro documento relevante y considerado por el TEDH, que merece ser destacado aquí, es el 4ª Informe General de Actividades del Grupo de Expertos contra la Trata del Consejo de Europa (GRETA), referido al período agosto de 2013 a septiembre de 2014, del que el TEDH destaca, entre otros, por referirse expresamente a Grecia como uno de los Estados que no ha adoptado medidas de sensibilización contra la trata con fines de explotación laboral. También el TEDH da relevancia al hecho de que el Centro de Reintegración de Trabajadores Migrantes de la Comisión Europea, en su Informe sobre trata en Grecia, de 2011, ya advertía de la trascendencia pública y notoria de la situación de estos trabajadores en la región, señalando un artículo de la prensa griega de 2008 titulado "El oro rojo" que describían pormenorizadamente la situación, así como las actuaciones del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de Salud y que de ellas no se derivó ninguna sanción porque se ocultaron los inmigrantes. También se señala en dicho Informe los ataques de que fueron objeto sindicalistas que actuaron en apoyo de los trabajadores inmigrantes en los campos de fresas.

Entrando en el fondo de la STEDH, ante la tesis de los demandantes (existencia de trabajo forzado, restrictiva interpretación del tribunal griego del concepto de trata de seres, incompatible con la de trabajo forzado; incompatibilidad de la Convención con una tutela estatal limitada a situaciones de debilidad absoluta de las víctimas, pérdida total de libertad o exclusión del mundo exterior; el incumplimiento de la obligación de prevención y protección de las víctimas y penar a los autores de los actos, tolerando la situación constatada por las propias autoridades griegas) y los argumentos del Gobierno griego (motivación de las resoluciones, investigación profunda de los hechos interpretación correcta del concepto de trata, existencia de libertad para contratar y desistir y suficiencia del ordenamiento interno para la protección real y efectiva frente a la trata), el Tribunal, Europeo de Derechos Humanos, condena al Estado Griego por unanimidad por violación del art. 4 de la Convención por falta de cumplimiento de sus obligaciones positivas derivadas de este precepto, que son prevenir la trata de seres humanos, proteger a las víctimas, investigar eficazmente las infracciones cometidas y sancionar a los responsables de la trata.

En su valoración y calificación de los hechos, tiene en cuenta también la posición expresada en informes, ademásde los reseñados el informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lund, Suecia sobre la nociónde trabajo forzado que concurriría aquí, el de la Confederación Sindical Internacional que defendió que un trabajador es víctima de trabajo forzado y existe de violación del artículo 4 de la Convención cuando no puede dimitir o desistir de su empleo a causa de una retención de sus salarios por el empresario, cuando se le mantiene en un estado de miedo y se le obliga a trabajar horas extraordinarias, incluso por encima de los límites legales de éstas y, además, se encuentra en un estado de vulnerabilidad por su condición de inmigrante en situación irregular; el de la organización Anti-

Slavey International, que señala que las clasificaciones y nociones contenidas en el art. 4 de la Convención han evolucionado con los tiempos, siendo la nota común a todas las formas de explotación en él contenidas el abuso de la situación de vulnerabilidad, debiendo ser éste el punto de partida que debe considerar el Tribunal y el de AIRE (Advice for Indiviudal Rights in Europe) y PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) que coinciden en sus conclusiones de que se ha producido una violación del art. 4 CEDH por las condiciones de trabajo, el grado de restricción de la libertad en general y de la libertad de movimientos, la injerencia en la autonomía personal y la violación de la dignidad, con invocación de la Carta Social Europea a partir de lo dispuesto en el artículo 53 del Convención, especialmente en relación con la definición de las condiciones de trabajo adecuadas y justas.

Entrando ya en la fundamentación[13], lo primero que aborda la Sentencia es determinar cuáles son las obligaciones de los Estados en relación con el artículo 4; y lo hace recogiendo su propia doctrina, sin innovación alguna. El art. 4.2 de la CEDH, recuerda la Sentencia, impone a los Estados obligaciones positivas de prevención de la trata, protección de las víctimas y de represión de la misma. Ello implica la exigencia de contar con un marco jurídico y reglamentario apropiado, pero también la obligación de adoptar medidas concretas de protección de las víctimas reales o potenciales y una obligación de procedimiento de investigar las situaciones de trata potencial, sin necesidad de denuncias previas de la víctima o sus próximos, debiendo ser una investigación independiente de las personas implicadas en los hechos, que permita identificar y sancionar a los responsables; tratándose de una obligación de medios y no de resultados. Una obligación de procedimiento basado en el principio de celeridad y de diligencia razonable, y si es posible, de la evitación de daños y de urgencia.

En segundo lugar, se pronuncia abiertamente sobre la noción de "trabajo forzado", para cuya existencia considera que es preciso que exista una restricción, física o moral y un trabajo exigido bajo amenaza de una pena cualquiera o contario a la voluntad. Precisa, además, el valor relativo del consentimiento previo, debiendo tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, así como la relevancia de la naturaleza y volumen de trabajo que diferencia el trabajo forzado del que puede ser razonablemente exigido en una situación de vida en una familia o de la cohabitación- o la carga desproporcionada. Además, señala que la explotación del trabajo se incluye en el concepto de trata por la relación intrínseca entre el trabajo forzado y la trata. Sin embargo, el TEDH en todo momento, omite cualquier referencia a la esclavitud.

[13] Para un análisis más pormenorizado de los fundamentos y una valoración más completa de la sentencia vid. Trujillo del Arco, A.: "El asunto Chowdury y otros contra Grecia. Nuevos avances bajo el art. 4 del CEDH en el ámbito de la trata y la explotación", en *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 45, 2018 y Olarte Encabo, S.: "Contrato de trabajo y esclavitud en Europa", en *Trabajo y Derecho,* núm. 41, mayo 2018.

Tras analizar la situación de los demandantes, reconociendo que hubo reclutamiento, la situación irregular de los migrantes, la diferencia entre las condiciones de trabajo acordadas y las realmente existentes, la imposibilidad no física sino moral de abandonar el trabajo, el Tribunal considera que no hubo servidumbre (y no menciona la esclavitud), siendo el elemento distintivo fundamental entre ésta y el trabajo forzado, según su parecer, el sentimiento de las víctimas de que su condición es inmutable y no es susceptible de cambiar. En la medida en que eran trabajadores temporales, afirma el TEDH, la situación no era inmutable. Además, y esta es otra diferencia, sus condiciones de vida y de trabajo no les llevaban a vivir en una situación de exclusión del mundo exterior, sin posibilidad de abandonar la relación de trabajo y de buscar otro empleo. Argumentaciones, que, desde mi punto de vista, son débiles y discutibles fundamentalmente porque la temporalidad del vínculo no es hoy un criterio que por sí solo excluya la servidumbre o la esclavitud, ya que las nuevas formas de organización empresarial o las características de las actividades estacionales por excelencia determinan o abocan a modalidades de contratación temporal, pues ello implicaría admitir la conformidad a derecho de la esclavitud o servidumbre parcial o temporal.

El artículo 1 del Convenio sobre Esclavitud de 1926 es interpretado, en mi opinión, de forma muy restrictiva por el TEDH y, desde luego nada, dinámica ni adaptada a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado, ya que se entiende que lo definido en dicho Convenio se refiere a la esclavitud "clásica", cuando hoy es impensable, menos en Europa, la propiedad de la persona, ya que la propiedad de iure de personas es un imposible jurídico. En cambio, obvia la definición que alude al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, lo que sería una "propiedad" de facto, de cuya existencia da cuenta tanto la cada vez más intensa presencia de esta cuestión en sedes judiciales, como la propia prensa nacional e internacional.

Para el TEDH los hechos probados con calificados y son constitutivos de trata de seres humanos y de trabajo forzado, conforme al art. 3ª del Protocolo de Palermo y el art. 4 de la Convención y también tipificada, la trata, en el art. 323ª del Código Penal griego, correspondiendo su interpretación a los tribunales internos, ya que es legislación interna. No obstante, éstos han de interpretar la legislación interna teniendo en cuenta los tratados internacionales que vinculan a Grecia, y en este sentido, el TEDH considera que la jurisdicción nacional ha interpretado y aplicado de forma restrictiva la noción de trata identificándola con la servidumbre, lo que le lleva a la absolución de los acusados.

En cuanto a las obligaciones positivas que incumben al Estado, derivadas del art. 4 de la Convención, de prevención, protección de las víctimas, investigación, criminalización y represión efectiva de todo acto tendente al mantenimiento de una persona en este tipo de situación, la Sentencia concluye: que el Estado

griego sí cumplió la obligación positiva de contar con un marco legislativo que permita luchar contra la trata de seres humanos, sin embargo, aun teniendo conocimiento probado de los hechos, no adoptó medidas concretas operacionales, habiendo llevado a cabo actuaciones puntuales, sin dar respuesta a una situación generalizada en Manolada. Por tanto, concluye, las medidas operativas concretas fueron insuficientes para prevenir la trata de seres humanos y proteger a los demandantes. De otro lado, la sentencia también objeta en relación con la investigación llevada a cabo y el procedimiento judicial los siguientes aspectos: la no participación de un grupo de los demandantes en el procedimiento judicial en la instancia, no admitiendo el rechazo a reconocer la condición de víctimas por el solo motivo del retraso en la denuncia, ya que las víctimas han de contar con un plazo razonable de reflexión y restablecimiento. Es importante, por su sentido más tuitivo, señalar que el TEDH entiende puede existir trata a pesar de cierta libertad de movimientos de la víctima. Todo ello lleva a la condena del Estado griego por violación de sus obligaciones positivas de prevenir la trata, de proteger a las víctimas, de investigar eficazmente las infracciones cometidas y de sancionar a los responsables de la trata.

Finalmente, la Sentencia, en aplicación de lo dispuesto en el art. 41 de la Convención, según el que, si la Corte declara que ha habido violación de ésta o de sus Protocolos y el derecho interno del Estado afectado no garantiza la supresión de las consecuencias de la violación, nada más que de forma imperfecta, el Tribunal puede reconocer a la parte lesionada una "satisfacción equitativa". En este caso reconoce, en equidad, por los daños materiales y morales: a los demandantes heridos una indemnización de 16.000 individualmente y a los demandantes no heridos una indemnización de 12.000 euros a cada uno, por daños morales, además del reembolso de gastos judiciales íntegros en el procedimiento en las instancias judiciales nacionales, gastos e impuestos por una suma de 4.363,64 euros.

Desde mi punto de vista el punto más débil en la argumentación del Tribunal radica en el criterio restrictivo que sienta en relación con la nota de inmutabilidad de la situación, lo que impide de se califique como servidumbre o esclavitud, exigiendo que la víctima tenga un sentimiento de que su condición es inmutable y no es susceptible de evolucionar o cambiar. Y, en el caso analizado, el Tribunal entiende que los trabajadores no llevaban una vida en estado de exclusión del mundo exterior, sin posibilidad de abandonar la relación de trabajo y buscar otro empleo. En cambio, en cuanto a la existencia del trabajo forzoso, que entiende se ha producido, mantiene su jurisprudencia anterior, al considerar que éste existe siempre que el trabajo se imponga mediante amenaza o pena en sentido amplio o flexible, lo que en este caso concurriría, al ser amenazados de no cobrar salarios, ser despedidos o, incluso morir. Y también admite la existencia de trata, en cuanto ha habido reclutamiento y alojamiento con fines de explotación laboral.

La Sentencia opta por una reparación económica importante –monetización del derecho a no ser sometido a esclavitud o trabajos forzados-, sin duda, con potencial disuasorio y un gran avance, pero insuficiente políticamente en orden a frenar esta lacra en ascenso, para lo que hubiera requerido una condena más dura planteando los riesgos de proliferación de estas nuevas formas de esclavitud en una interpretación viva o dinámica de la Convención

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se puede señalar que del análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 4 se desprenden las siguientes conclusiones:

- el art. 4 va adquiriendo una progresiva mayor presencia en el conjunto de las sentencias dictadas por el TEDH
- los supuestos analizados van centrándose cada vez más en el trabajo forzado, la servidumbre, la esclavitud, en lugar de los supuestos no considerados como trabajo forzoso, como sucedió en una etapa inicial
- la mayor parte de las condenas son por trabajo forzado o por servidumbre y se refieren a la prostitución y el trabajo doméstico, aunque ha comenzado a pronunciarse sobre estas formas de explotación en la agricultura
- ha definido de forma bastante concreta los conceptos de trabajo forzado, servidumbre y esclavitud en sintonía con la jurisprudencia de otros tribunales internacionales de derechos humanos, estableciendo una gradación entre ellas, de menor a mayor gravedad
- sostiene una doctrina flexible y evolutiva en torno a elementos clave como amenaza de pena, involuntariedad., en cambio se resiste a admitir el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, manteniendo un concepto de esclavitud clásico basado en a propiedad de iure y no de facto y, de la misma manera, la inmutabilidad es exigida de forma hoy descontextualizada ya que las formas de explotación actual son de "usar y tirar" y no de por vida
- ha definido satisfactoriamente las obligaciones no solo negativas sino positivas por parte de los Estados derivadas del art. 4
- no ha abordado la cuestión de la extra territorialidad, lo que es criticable dado que la trata con estos fines tiene una dimensión transnacional por su propia naturaleza.

En definitiva, avances y puntos críticos que con toda probabilidad deberá superar el TEDH, conforme a la dimensión del problema se vaya planteando ante el Tribunal con la ayuda de organizaciones no gubernamentales que están asumiendo la defensa jurídica de estas víctimas y que tienden a ocupar una posición muy importante en el acceso al Tribunal y en el curso del proceso ante el mismo.

EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

M. Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO **Palabras Clave**: proceso equitativo, acceso a la jurisdicción, tribunal imparcial, proceso público, presunción de inocencia, derechos de defensa

El art. 6 CEDH reconoce el derecho fundamental a un proceso equitativo y constituye la expresión de lo que hoy día es el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta norma establece la garantía de la justicia y el reconocimiento de las vías judiciales para la protección de los derechos y libertades de la persona, lo que lo convierte, junto con el art. 13 CEDH que consagra el derecho a un recurso efectivo, en un elemento básico del sistema jurídico. El derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6 CEDH es un derecho de contenido complejo que incluye un amplio catálogo de derechos y garantías procesales, tanto de carácter formal como sustancial, tanto de carácter objetivo –referidas al proceso en sí- como de carácter subjetivo -referidas a la persona-, que se refieren básicamente al derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso equitativo (párrafo 1); el derecho a la presunción de inocencia (párrafo 2); y los derechos de la defensa (párrafo 3). Todos ellos, y los que implícitamente forman parte de los mismos, constituyen elementos de la noción de proceso equitativo o derecho a la tutela judicial y son analizados en este trabajo

ABSTRACT **Key Words**: Equitable process, access to jurisdiction, impartial tribunal, public prosecution, presumption of innocence, defence rights

Article 6 ECHR recognizes the fundamental right to an equitable process and constitutes the expression of what is now the right to effective judicial guardianship. This rule establishes the guarantee of justice and the recognition of the judicial ways for the protection of the rights and freedoms of the person, which makes it, together with the article 13 ECHR which enshrines the right to an effective remedy, in a basic element of the legal system. The right to an equitable process collected in art. 6 ECHR is a complex content right which includes a wide range of procedural rights and guarantees, both formal and substantial, both of an objective nature-referred to the process itself-and of Subjective character-referred to the person-which basically refers to the right of access to jurisdiction and to an equitable process (paragraph 1); the right to presumption of innocence (paragraph 2); and defence rights (paragraph 3). All of them, and those that are implicitly part of them, constitute elements of the notion of equitable process or right to judicial guardianship and are analyzed in this work.

 Recepción de original: 05.09.2018. Aceptación: 20.10.2018

ÍNDICE:

1. El derecho a un proceso equitativo como garantía básica de los derechos fundamentales
2. Derechos y principios de un proceso equitativo
   2.1. Derecho de acceso a la jurisdicción
   2.2. Derecho a un tribunal independiente e imparcial
   2.3. Derecho a una decisión fundada en derecho (motivación)
   2.4. Derecho a un proceso público, a la publicidad de la sentencia y al acceso a la sala
   2.5. El plazo razonable
3. Derecho a la presunción de inocencia
4. Los derechos de la defensa

1. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO COMO GARANTÍA BÁSICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección de los derechos de los derechos de los ciudadanos requiere de un sistema orgánico y procedimental público del Estado destinado a hacer efectiva la justicia, esto es, obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. Este sistema es la Jurisdicción, que se desarrolla a través del proceso. La tutela jurisdiccional de los derechos constituye así el "derecho de accionar en juicio para obtener una declaración sobre aquéllos y a la ejecución de las sentencias"[1] y la misma se inscribe entre los derechos civiles como derecho instrumental reconocido a todas las personas[2]. En el CEDH el derecho a un proceso equitativo tiene el carácter de derecho fundamental, gozando su protección de las mayores garantías ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, el art. 6 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) reconoce, en su apartado 1, el derecho a un proceso equitativo, o derecho a un juicio justo. Este precepto establece que "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando

[1] Vid. Rivero Lamas, J.: "La garantía de los derechos y libertades constitucionales", en Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida (Dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Comares, Granada 2002, pág. 2025.

[2] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías (La Ley del más débil)*. Trotta, Albacete 1999.

los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

El apartado 2 del art. 6 CEDH reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia: "2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada".

Finalmente, el apartado 3 se refiere a los derechos de la defenca: "3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

Un complemento del derecho a un proceso equitativo aparece en el art. 13 CEDH, "Derecho a un recurso efectivo": "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". Es indudable que el derecho a un recurso efectivo, aún siendo reconocido como un derecho independiente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, forma parte también del derecho a la tutela judicial efectiva.

De esta forma, el art. 6 CEDH constituye la expresión de lo que hoy día es el derecho a la tutela judicial efectiva de manera amplia y a un proceso con todas las garantías. Esta norma establece la garantía de la justicia y el reconocimiento de las vías judiciales para la protección de los derechos y libertades de la persona, lo que lo convierte en un elemento básico del sistema jurídico que trata de imponer el imperio de la ley en un estado de derecho y un derecho nuclear del "garantismo jurídico y de la justiciabilidad efectiva de los derechos"[3]. Más ampliamente, el grupo normativo formado por los arts. 6 y 13 CEDH, derecho a un proceso justo y derecho a un recurso efectivo, se convierten en el instrumento fundamental y

[3] Vid. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Derecho a un proceso equitativo. Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Edit. Comares. Granada, 2017, págs. 60. También Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Trabajo decente y tutela judicial efectiva", en AAVV (Monereo Pérez, Gorelli Herández y De Val Tena, Dirs.): *El trabajo decente*. Comares, Granada, 2018, pág. 452.

básico para la garantía de la libertad de la persona y la preminencia del derecho, elementos sobre los que se asienta el sistema democrático.

Una de las características principales del derecho a un proceso equitativo es que es un derecho de garantía respecto de otros derechos fundamentales. Es un derecho autónomo y, al mismo tiempo, instrumental: se trata de un derecho en sí, y en efecto el CEDH lo reconoce como un derecho autónomo, pero es un derecho fundamental que se hará valer en relación a pretensiones formuladas en otros derechos. En este sentido, el derecho a un proceso equitativo está constituído por un conjunto de garantías procesales destinadas a reforzar el mecanismo de salvaguardia de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio.

El reconocimiento de este derecho en el CEDH desde su versión originaria en 1950 (sin olvidar que el mismo ya estaba formulado en los arts. 8 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) ha tenido una influencia decisiva en el proceso progresivo de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, tanto en la propia teoría de los derechos fundamentales, como en el derecho internacional de reconocimiento y protección de los derechos humanos (art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fundamentalmente) y, por supuesto, en los sistemas jurídicos nacionales del ámbito europeo. En España, así, el reconocimiento -siguiendo la senda del art. 6 CEDH- del derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE supuso la acomodación de nuestro ordenamiento jurídico al sistema de derechos fundamentales, así como "la seña de identidad de nuestra incorporación a la civilidad democrática y la base de una nueva arquitectura jurídica"[4]. Al igual que en otros países europeos, la CE adoptó como modelo el art. 6 CEDH, ampliándolo y mejorándolo técnicamente, y configurándolo como un derecho y libertad fundamental cuya protección goza de las mayores garantías ante la ley y ante la jurisdicción constitucional y ordinaria (arts. 24 y 53 CE), si bien, como ha reiterado el Tribunal Constitucional español, siguiendo la doctrina del TEDH, se trata "no de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino de un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador estable o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal" (SSTC 99/1985 y 149/1986).

Además, los derechos recogidos en el CEDH operan como "estándar mínimo de garantía" de los derechos fundamentales respecto del Derecho de la Unión Europea y, por supuesto, también respecto de los ordenamientos internos[5]. España

[4] Cfr. Asúa Batarrita, A.: "Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva", *R.V.A.P.*, núm. 87-88/2010, pág. 158.

[5] Vid. Monereo Pérez, J.L.: "Alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 52)" y "Nivel de protección en el sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales (Artículo 53)", ambos en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *La Europa de los Derechos: estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comares, Granada, 2012, págs. 1341 y sigs. y 1397 y sigs. respectivamente.

ratificó este Tratado en 1979, reconociendo también la competencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo. De esta forma, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CEDH no sólo deben servir de intérpretes de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución (art. 10.2 CE), sino que, además, el CEDH forma parte del ordenamiento jurídico nacional y constituye una fuente del derecho que debe ser aplicada del mismo modo que las restantes fuentes positivas y que, incluso, por su posición jerárquica (carácter supralegal), goza de primacía en la aplicación de las normas.

El TEDH asume un papel relevante como órgano de control, aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus Protocolos (art. 19 CEDH), con el objetivo de garantizar una protección de estos derechos de forma amplia, segura y eficaz mediante el control jurisdiccional. El recurso ante este Tribunal ha ido creciendo progresivamente desde su creación, no sólo por la ampliación del número de miembros del Consejo de Europa, sino también por el aumento de la conflictividad como consecuencia del número cada vez mayor de demandas de protección (lo que ya en su momento dio lugar a la aprobación del "Protocolo número 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio", en 1994). Su jurisprudencia se extiende no sólo a la interpretación correcta de los Derechos de la CEDH sino también de los derechos fundamentales reconocidos en la UE y a la propia interpretación y correcta aplicación de los derechos fundamentales reconocidos expresamente en la CE. Con mucha frecuencia, quizás de forma creciente en los últimos años, las sentencias del TEDH no sólo revisan doctrinas sentadas por los Tribunales Constitucionales nacionales, sino también del mismo TJUE, con lo que presenta un gran dinamismo.

No obstante, el TEDH no tiene como función indicar los medios que deben utilizar los Estados ni uniformar los sistemas jurídicos europeos, sino, como se recoge en la STEDH de 30 de junio de 2001, asunto *Vaudelle c. Francia*, apartado 57, verificar que el resultado que se alcanza es conforme con la CEDH[6]. De esta forma, al TEDH le corresponde definir el contenido fundamental o esencial de los derecho de la CEDH, que por lo tanto debe ser común en todos los Estados, y se reconoce un margen de apreciación nacional, técnica a través de la cual se pretende llevar a cabo la integración europea a través de los derechos, una "Europa de los derechos"[7]. Es indudable que el TEDH ha cumplido un importante papel armonizador mediante la interpretación y aplicación del CEDH y de sus Protocolos, a partir de los casos concretos (*case law*) que cada vez con mayor frecuencia

[6] Vid. Faggiani, Valentina: *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*. Tesis Doctoral. Granada: Universidad de Granada, 2016, pág. 236. [http://hdl.handle.net/10481/39831]

[7] Vid. Faggiani, Valentina: *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*, op.cit., pág. 239, vid. también la bibliografía allí citada.

se le han ido presentando. El TEDH ha ido estableciendo estándares mínimos comunes de tutela de los derechos fundamentales -muy particularmente en materia de justicia penal pero también en el resto del ordenamiento jurísdico- que han ido penetrando también en los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa. No obstante, el TEDH no impone la uniformización de los sistemas jurídicos europeos, sino que otorga a los distintos Estados un margen de discrecionalidad en la elección de los medios para asegurar que sus sistemas jurídicos sean conformes a las exigencias derivadas del art. 6 CEDH. Por lo tanto, la función del TEDH no es indicar los medios a utilizar, sino verificar que el resultado alcanzado sea conforme al CEDH (STEDH de 30 de junio de 2001, asunto *Vaudelle c. Francia*, nº 35683/97, apartado 57).

Conviene también destacar la utilización por el TEDH de la llamada "técnica de las sentencias-piloto" (*pilot-judgement procedure*) a través de la cual éste Tribunal adopta una sentencia en la que, a la vez que examina si se ha producido una violación del CEDH, constata la existencia de un problema estructural o una disfunción e indica a los Estados como eliminarla y la necesidad de adoptar medidas internas para corregirla y resolver los casos caracterizados por el mismo problema estructural, pudiendo incluso fijar un plazo determinado para que el Estado en cuestión adopte las medidas indicadas, en función de la naturaleza de las mismas y los plazos razonables para poner solución al problema. En este tipo de sentencias el TEDH no se limita a juzgar el caso concreto, sino que su pronunciamiento acaba teniendo efectos "erga omnes" y llega a modificar instituciones procesales previstas en los ordenamientos internos de los Estados. Esta técnica se planteó a partir de la STEDH de28 de septiembre de 2005, *asunto Broniowski c. Polonia* y posteriormente se recogió en el art. 61 del Reglamento del TEDH de 1 de abril de 2011. En la mayoría de las sentencias piloto el TEDH ha constatado la violación del derecho a un proceso equitativo, en particular respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la ausencia de un recurso adecuado (SSTEDH 2 de septiembre de 2010, *asunto Rumpf c. Alemania*; 21 de diciembre de 2010, *asunto Vassilios Athanasiou c. Grecia*; 20 de marzo de 2012, *asunto Ümmühan Kaplan c. Turkey*, entre otras).

Como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, el art. 6 es la norma del CEDH que ha sido más invocada directamente y sobre la que hay mayor número de asuntos resueltos, pero además, por su carácter instrumental, también ha sido invocado en numerosos asuntos relativos a otros derechos reconocidos en el CEDH. Teniendo en cuenta además su carácter de "sustrato común" de la llamada "Europa de los Derechos", la jurisprudencia sobre el art. 6 (así como la relativa al art. 13 CEDH) se produce asimismo en relación con otros instrumentos complementarios, en particular en relación con la Carta Social Europea y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos

Sociales[8]. Jurisprudencia que, por dicho motivo, ha constituido un parámetro interpretativo seguido de forma constante, desde sus inicios, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, desde luego, por nuestro Tribunal Constitucional (de la misma forma, obviamente, que para el resto de países del Consejo de Europa, que han ido incorporando progresivamente a sus ordenamiento jurídicos la interpretación del TEDH respecto de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos). En ese sentido, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido, la exigencia de un control jurisdiccional de las decisiones de cualquier autoridad nacional constituye un principio general del derecho europeo que forma parte de las tradicionales constitucionales comunes de los distintos Estados miembros[9]. En relación con el Tribunal Constitucional español, este carácter básico y trasversal del derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), junto con el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), se ha puesto de relieve reiteradamente respecto a la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

El derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6 CEDH es un derecho de contenido complejo. Formalmente se desarrolla en tres apartados: derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso equitativo (párrafo 1); derecho a la presunción de inocencia (párrafo 2); y derechos de la defensa (párrafo 3). Todos ellos, y los que implícitamente forman parte de los mismos, constituyen elementos de la noción de "juicio justo" o derecho a la tutela judicial (STEDH de 17 de enero de 1970, asunto *Imbrioscia c. Suiza*, nº 2689/88, apartado 37; STEDH de 16 de octubre de 2001, asunto *Brennan c.Reino-Unido*, nº 39846/1998, apartado 45; STEDH de 27 de noviembre de 2008, asunto *Salduz c. Turquía*, nº 36391/2002, apartado 50). Desde el punto de vista estructural, el art. 6 CEDH incluye un amplio catálogo de derechos y garantías procesales, tanto de carácter formal como sustancial, tanto de carácter objetivo –referidas al proceso en sí- como de carácter subjetivo -referidas a la persona-, que se recogen en las dos partes en las que se puede diferenciar, desde el punto de vista sustantivo, este precepto:

-Una primera parte, correspondiente al apartado 1 del art. 6, recoge los principios del derecho al acceso a la jurisdicción y a un proceso equitativo: acceso

[8] Vid. Jimena Quesada, L.: "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*". *Cuadernos Constitucionales de la Càtedra Fadrique Furió Ceriol* nº 50/51, p. 177-191. Ampliamente, en Jimena Quesada, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas 1998-2005.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

[9] Vid. STJUE de 15 de mayo de 1986, asunto *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, en la que el TJUE recuerda expresamente que el control jurisdiccional es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, principio que "está igualmente consagrado por los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Como ha sido reconocido en la declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977 (DO C 103, p. 1), y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conviene tener en cuenta, en el marco del Derecho comunitario, los principios en los que se inspira dicho Convenio".

a un tribunal, condiciones de independencia e imparcialidad del órgano judicial, motivación de las decisiones judiciales, duración razonable del proceso, publicidad de las audiencias (proceso público, publicidad de la sentencia, acceso a la sala de audiencia), ejecución de las sentencias. Se trata de derechos objetivos para la existencia de un proceso equitativo.

-Una segunda parte, correspondiente a los apartados 2 y 3 del art. 6 CEDH, en la que se recogen los derechos en sí de la propia persona y no solo del proceso: derecho a la presunción de inocencia y derechos de la defensa, que tratan de garantizar el principio de igualdad de armas y de contradicción (ser informado de la causa, tiempo para preparar la defensa, defensa letrada y asistencia gratuita por un abogado de oficio, derecho a interrogar a los testigos, derecho a intérprete). En este caso, se podría hablar de la perspectiva subjetiva en relación con el derecho a un proceso equitativo.

Necesariamente vinculado con el art. 6, el art. 13 CEDH reconoce el derecho a un recurso efectivo, formando ambos un grupo normativo que garantiza al derecho a la tutela judicial. La relación entre ambas normas ha sido configurada por el propio TEDH en el sentido de considerar que el art. 6 constituye una "ley especial en relación con el art. 13", por lo que "las exigencias relativas al segundo se encuentran comprendidas en las exigencias, más estrictas, relativas al primero" (STEDH asunto *Baka c. Hongrie* [GC], nº 20261/12, apartado 181; y STEDH asunto *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC], nº 76943/11, apartado 65; STEDH de 24 de julio de 2018, asunto *Negrea y otros c. Rumanía*[10]).

Igualmente, en la STEDH de 5 de junio de 2018, asunto *Sultan c. República de Moldavia* (en relación con una acción civil de daños y perjuicios e intereses por salarios impagados), el Tribunal considera que cuando el derecho reivindicado en un derecho civil, el art. 6 constituye una "lex specialis" en relación con el art. 13, cuyas garantías son absorbidas por las del art. 13 (también STEDH de 19 de diciembre de 1997, asunto *Brualla Gómez de la Torre c. España*). La alegación de violación del art. 13 (en relación con la negativa, en el caso concreto, del Tribunal Supremo de examinar el recurso de casación, considerando el demandante que no dispone de ningún recurso interno efectivo para hacer valer su derecho de acceso a un tribunal) está vinculada a la anterior alegación relativa a la violación del art. 6, párrafo 1, derecho de acceso a un tribunal. En consecuencia, una vez declarado que se ha violado el párrafo 1 del art. 6 de la Convención no se considera

[10] En la STEDH de 24 de julio de 2018, asunto *Negrea y otros c. Rumanía*, en un caso de solicitud de subsidio de maternidad para un recién nacido, el Tribunal señala que la pretensión de las demandantes en cuanto a la duración del procedimiento es discutible, de modo que el art. 13 de la Convención exige la existencia de un recurso efectivo a nivel nacional para remediarla (también STEDH asunto *Kudla c. Polonia* [GC], nº 30210/96). En diversas Sentencias (asunto *Vlad y otros c. Rumanía*; asunto *Brudan)*, el Tribunal declaró que en aquel momento no existían en Rumanía recursos efectivos para denunciar la excesiva duración del procedimiento, por lo que considera que se ha producido una infracción del art. 13 del Convenio en relación con el art. 6, párrafo 1.

necesario examinar si se ha violado el art. 13 de la Convención (STEDH asunto *Posti y Rahko c. Finlandia*, nº 27824/95).

En cuanto a su ámbito de aplicación, de una lectura literal de la norma se podría deducir que el derecho a un proceso equitativo se aplica a los procedimientos civiles ("litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil", art. 6 CEDH), así como a los procedimientos penales (controversias que versen sobre "el fundamento de cualquier acusación en materia penal", art. 6 CEDH). Sin embargo, el propio TEDH ha reconocido que este principio es extensible a los restantes órdenes jurisdiccionales. De ahí que, aunque mayoritariamente se ha pronunciado en relación con este derecho respecto a la jurisdicción penal (muy especialmente) y civil, el Tribunal también se ha ocupado de su posible violación en asuntos relacionados con la jurisdicción administrativa, la jurisdicción militar, la jurisdicción laboral y eventualmente también la jurisdicción constitucional, ya sea examinando directamente la posible violación del art. 6, ya sea en relación con la protección de otros derechos fundamentales.

Así, el TEDH ha interpretado el art. 6 CEDH de forma amplia, superando la redacción formal. Se ha argumentado al respecto que la interpretación sistemática del art. 6 con el art. 13 CEDH, que reconoce el derecho a un recurso efectivo, permite esta interpretación extensiva, en cuanto que este último artículo, estrechamente vinculado con el derecho a un proceso equitativo, habla de recurso efectivo ante "una instancia nacional", sin hacer distinción entre distintos órdenes jurisdiccionales. Pero fundamentalmente esta interpretación extensiva deriva del carácter básico del derecho reconocido en el art. 6 y de su carácter instrumental respecto a la garantía de los demás derechos fundamentales ("garantía transversal")[11]. El propio TEDH, ya desde muy antiguo, ha señalado que dado "el importante espacio que el derecho a un proceso justo mantiene en una sociedad democrática y dentro del significado del mismo Convenio", "no existiría justificación alguna para interpretar restrictivamente el art. 6" (SSTEDH de 16 de octubre de 1984, *asunto De Cubre c. Bélgica*; de 23 de octubre de 1990, *asunto Moreira de Azevedo c. Portugal*; de 17 de enero de 1970, *asunto Delcourt c. Bélgica*.

En base a esta interpretación extensiva, los distintos derechos y garantías que se contienen en el art. 6 CEDH se aplican, con arreglo a la interpretación que de los mismos ha llevado a cabo el TEDH, también al ámbito laboral. No cabe duda que la máxima expresión de muchas de las garantías procesales contenidas en el art. 6 se produce en el ámbito penal, pero existen también importantes pronunciamientos del TEDH en relación a la violación de este derecho en el ámbito laboral, en particular en los aspectos relativos al derecho a la ejecución de las sentencias y al derecho a un recurso efectivo. Muy acertadamente se ha considerado que en el

[11] Vid. Jimena Quesada, L.: "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*". *Cuadernos Constitucionales de la Càtedra Fadrique Furió Ceriol* nº 50/51, pág. 186.

ámbito laboral, la garantía de los derechos reconocidos en el art. 6 CEDH, que se vinculan expresamente con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, incluye la denominada garantía de indemnidad[12].

2. DERECHOS Y PRINCIPIOS DE UN PROCESO EQUITATIVO

El derecho a un proceso justo incluye fundamentalmente tres importantes manifestaciones: derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a una resolución fundada en derecho, y derecho a la ejecución de la decisión adoptada. Todas estas facultades están incluídas en el art. 6.1 CEDH.

En la interpretación del TEDH, todos los derechos enunciados en el art. 6 CEDH determinan la existencia de una "cláusula de la equidad procesal"[13], que se sustancia en un conjunto de garantías que determina si se está ante un verdadero proceso y no ante una apariencia. En ese conjunto de garantías se incluyen todos los derechos recogido en los tres apartados del art. 6 (el derecho a un proceso equitativo, el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa).

El TEDH ha reiterado que los Estados gozan de un margen de apreciación para evaluar si se ha respetado o no la cláusula de la equidad procesal, así como en la elección de los medios idóneos para permitir a su sistema judicial cumplir las exigencias del art. 6 CEDH. Pero es importante tener en cuenta que el art. 6 "no es absoluto" (STEDH de 6 de abril de 2010, asunto *C.G.I.L. y Cofferati c. Italia*, nº 2/08, apartado 43), sino que puede ser sometido a limitaciones implícitamente admitidas. No obstante, los Estados no pueden restringir el acceso al tribunal de una manera o hasta el punto de que el derecho sea vulnerado en su contenido esencial, tienen que perseguir una "finalidad legítima" y debe existir un "vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" (STEDH de 25 de mayo de 1998, asunto *Kurt c. Turquía*, nº 24276/94, que se refiere al test de proporcionalidad para evaluar las restricciones al acceso a la justicia).

2.1. Derecho de acceso a la jurisdicción

El derecho a un proceso equitativo supone, según el art. 6 CEDH, que "*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley…".* Supone, por tanto, el derecho de acceso a un tribunal tal como lo ha

[12] Vid. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Derecho a un proceso equitativo. Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", op. cit., págs. 68-69.

[13] Vid. Faggiani, V.: *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*, op. cit., pág. 207 y sigs.

interpretado el TEDH, a partir de la Sentencia de 21 de febrero de 1975, asunto *Golder c. Reino Unido*, nº 4451/1975, apartados 28-36. En la STEDH 12 de julio 2018, asunto *Allègre c. Francia*, el Tribunal se pronuncia respecto a los principios generales de un proceso equitativo, enunciados asimismo en las sentencia de 5 de abril de 2018, asunto *Zubac c. Croatie* [GC], nº 40160/12; sentencia *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* ([GC], nº 76943/11; sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* ([GC], nº 13279/05):

-En primer lugar, considera que el derecho de acceso a un tribunal debe ser "concreto y efectivo" y no teórico e ilusorio. La efectividad del acceso a los tribunales supone que un individuo debe tener una posibilidad clara y concreta de impugnar un acto que constituya una injerencia en sus derechos (STEDH de 28 de junio de 2018, asunto *Vathacos c. Gréce*; también, con anterioridad, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres; Bellet c. France*, 4 décembre 1995; *Nunes Dias c. Portugal*, nº 2672/03 y 69829/01).

-Por otro lado, ha declarado también el Tribunal de Justicia que el hecho de haber podido utilizar los recursos de la jurisdicción interna, pero sólo para que se declaren inadmisibles conforme a la ley, no siempre satisface los requisitos del párrafo 1 del art. 6: es necesario aún más que el grado de acceso proporcionado por la legislación nacional siga siendo suficiente para garantizar "el derecho de la persona a un tribunal" a la luz del principio del "Estado de Derecho" en una sociedad democrática (*Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985; *F.E. c. France*, 30 octobre 1998; *Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique c. France*, nº 36497/05 et 37172/05, 15 janvier 2009; *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas* (déc.), nº 65542/12).

-La accesibilidad, claridad y previsibilidad de las disposiciones jurídicas y de la jurisprudencia garantizan así la eficacia del derecho de acceso a un tribunal (*Legrand c. France*, nº 23228/08, 26 mai 2011).

-De igual modo, el derecho de acceso a un tribunal comprende no solo el derecho de poder ejercitar una acción sino también el derecho a una solución judicial del litigio (STEDH de 28 de junio de 2018, asunto *Vathacos c. Gréce;* ver también, entre otras, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres*, apartado 86; *Flie c. Roumanie*, nº 23257/04, apartados 22 et 24, de 19 de mayo de 2015; y *Kutić c. Croatie*, nº 48778/99, apartado 25).

- No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que el derecho de acceso a los tribunales no es absoluto, sino que puede dar lugar a limitaciones que se aceptan implícitamente porque, por su propia naturaleza, requiere una regulación por parte del Estado, reglamentación que puede variar en el tiempo y el espacio en función de las necesidades y los recursos de la comunidad y de los individuos (STEDH de 28 de junio de 2018, asunto *Vathacos c. Gréce,* y en la STEDH asunto *Stanev c. Bulgarie* [GC], nº 36760/06, apartado 230). Al

elaborar dichas reglamentaciones, los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación. Y si bien corresponde al TEDH decidir en última instancia sobre el cumplimiento de los requisitos de la Convención, el Tribunal no tiene la facultad de sustituir la evaluación de las autoridades nacionales por otra evaluación de lo que podría ser la mejor política en esta esfera (STEDH de 29 de junio de 2018, asunto *Vathacos c. Grecia*; *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres*, apartado 89; STEDH de 2 de junio de 2016, asunto *Papaioannou c. Grecia*, nº 18880/15, apartado 40; STEDH de 2 de abril de 2009, asunto *Kallergis c. Grecia*, nº 37349/07, apartado 16).

-Sin embargo, las limitaciones aplicadas no pueden restringir el libre acceso a la persona de tal manera o en tal medida que se vea afectada la esencia misma del derecho. Además, sólo son compatibles con el apartado 1 del art. 6 si persiguen un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (Vid. además de las sentencias citadas últimamente, las Sentencias *Zubac*, apartado 78; *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres*, apartado 89).

-Por otra parte, los requisitos de seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima de los litigantes no consagran un derecho adquirido a una jurisprudencia coherente. Así pues, un cambio en la jurisprudencia no es, en sí mismo, contrario a la buena administración de justicia, ya que la ausencia de un enfoque dinámico y evolutivo podría obstaculizar cualquier reforma o mejora (STEDH asunto *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres*, apartado 116; STEDH de 18 de diciembre de 2008, asunto *Unédic c. Francia*, nº 20153/04, apartado 74).

En la STEDH de 5 junio 2018 asunto *Sultan c. République de Moldova* (en un supuesto relativo a una acción civil por daños y perjuicios e intereses por salarios impagados), el Tribunal de Justicia recuerda que las garantías procesales establecidas en el art. 6 de la Convención garantizan que toda persona tiene derecho a que un tribunal conozca de cualquier litigio relativo a sus derechos y obligaciones de carácter civil. De este modo, el TEDH señala que el art. 6 consagra el "derecho a comparecer ante un Tribunal", del que el derecho de acceso, es decir, el derecho a recurrir al tribunal, es un aspecto del derecho a ser oído por un tribunal (asunto *Golder c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, apartados 28-36).

En concreto, en la citada sentencia se señala que la demandante pudo interponer el recurso ofrecido por el sistema judicial nacional, una acción civil por daños y perjuicios contra el ayuntamiento empleador. Sin embargo, el Tribunal considera que, en sí mismo, esto no satisface todos los requisitos del párrafo 1 del art. 6 de la Convención: también aprecia que el grado de acceso previsto por la legislación nacional era suficiente para garantizar el derecho de la persona a un tribunal, teniendo en cuenta el principio del "Estado de Derecho" en una sociedad democrática (STEDH de 28 de mayo de 1985, asunto *Ashingdane c. Reino Unido*, apartado 57). Recuerda una vez más el Tribunal que el propósito de la

Convención no es proteger derechos teóricos o ilusorios, sino proteger derechos concretos y efectivos (asuntos *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, apartado 24; *García Manibardo c. España*, nº 38695/97, apartado 43). A este respecto, el Tribunal considera que este derecho de acceso a un tribunal incluye no sólo el derecho a interponer un recurso, sino también el derecho a una "solución" judicial del litigio. De esta forma, considera que sería ilusorio que el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera a una persona entablar una acción civil ante un tribunal sin garantizar que el caso se resuelva definitivamente al final de las actuaciones judiciales (asunto *Kutic c. Croacia, nº 48778/99, apartado* 25).

Otro aspecto importante en la interpretación de este derecho que se ha encargado de matizar el Tribunal se concreta en que el art. 6 del CEDH no obliga a los Estados contratantes a establecer tribunales de apelación o de casación. No obstante, un Estado que establezca tribunales de esta naturaleza tiene la obligación de velar porque las personas gocen con ellos de las garantías fundamentales del art. 6 (STEDH de 5 junio 2018 asunto *Sultan c. República de Moldavia)*. El Tribunal señala que la solución opuesta podría tener consecuencias graves y que en una sociedad democrática en el sentido de la Convención, el derecho a una administración de justicia adecuada ocupa un lugar tan prominente que una interpretación restrictiva del párrafo 1 del art. 6 no correspondería al objetivo y al objeto de esta disposición (STEDH de 5 junio 2018 asunto *Sultan c. República de Moldavia;* también, entre otras, STEDH de 17 de enero de 1970, asunto *Delcourt c. Belgica,* disposición (ver, entre otras, *Delcourt c. Belgica*, 17 enero 1970, apartado 25).

En el presente caso, el Tribunal observa que el caso fue examinado en cuanto al fondo por el Tribunal de Dubăsari y en apelación por el tribunal de apelación de Chișinău. Además, el Tribunal señaló que, con arreglo a la legislación moldava, el demandante tenía la posibilidad de impugnar la decisión del Tribunal de Apelación y que la había invocado recurriendo contra esa decisión ante el Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia (el propio Gobierno reconoció, en sus observaciones, que la Secretaría del Tribunal Supremo había cometido un error al remitir el recurso de casación sin que éste fuera examinado por el Tribunal Superior) no examinara el recurso de casación privó al demandante de su derecho de acceso a dicho tribunal para que éste no examinara su recurso de casación (en este mismo sentido, entre otras, también *Platakou c. Grecia*, nº 38460/97, apartados 36-39; *Anghel c. Italia*, nº 5968/09, apartados 61, 25 junio 2013 y *Bochan c. Ucrania (nº 2) [GC],* nº 22251/08, apartados 61-62; y comparar con STEDH de 5 de abril de 2018, asunto *Zubac c. Croacia* [GC], nº 40160/12, apartados 90-95 y 114-121). Con esos elementos, el Tribunal concluye que se ha violado el párrafo 1 del art. 6.

Importante es también la relación entre el párrafo 1 del art. 6 y el art. 13 de la CEDH. A ella se refiere la reciente STEDH de 28 de junio de 2018, asunto *Vathacos c. Grecia* (en un asunto relativo a un teólogo y profesor de enseñanza se-

cundaria desde 2001, con estatuto de funcionario). En concreto, en este caso, el 19 de abril de 2005, el Consejo Regional de Disciplina para la Enseñanza Secundaria impuso al demandante una sanción disciplinaria consistente en la suspensión de sus funciones por un período de tres meses con privación total de salario durante dicho período (suspensión de empleo y sueldo). Considera el recurrente que su apelación ante el Tribunal Administrativo de Apelación de Trípoli no fue examinada de manera justa y eficaz, y denuncia las violaciones del párrafo 1 del art. 6 y del art. 13 de la Convención.

El Tribunal Europeo recuerda que el art. 6 constituye una "lex specialis" en relación con el art. 13, ya que los requisitos del segundo se incluyen en los del primero, que son además más estrictos (también en asunto *Baka c. Hungría* [GC], nº 20261/12, apartado 181, y asunto *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Rumanía* [GC], nº 76943/11, apartado 65).

En el caso concreto que se resuelve en esta sentencia, el Tribunal de Justicia recuerda que los arts. 142 y 164 del Código de los Funcionarios en vigor en el momento de los hechos establecían un procedimiento que debía seguir el funcionario sancionado por el Consejo de disciplina y que deseaba interponer un recurso contra la decisión sancionadora: el funcionario debía somenter el asunto al Consejo de disciplina de segunda instancia y, posteriormente, en su caso, a los órganos jurisdiccionales administrativos. La remisión a la junta disciplinaria de segunda instancia era una condición previa para la remisión a los tribunales administrativos. El Tribunal de Primera Instancia considera que, en las circunstancias del caso de autos y por efecto de la normativa vigente en aquel momento, el demandante no podía impugnar una decisión que había aumentado su pena, a pesar de no haber sido él mismo el autor del procedimiento que dio lugar a dicho aumento. En las circunstancias específicas del caso, el Tribunal de Primera Instancia considera que el demandante sufrió un obstáculo desproporcionado a su derecho de acceso a un órgano jurisdiccional debido a la imposibilidad de interponer un recurso ante los órganos jurisdiccionales administrativos para impugnar el aumento de su sanción. Esta conclusión libera al Tribunal de Primera Instancia de examinar la segunda alegación de la recurrente relativa a la desestimación por el Tribunal Administrativo de Apelación de la solicitud de reapertura del procedimiento. Por consiguiente, considera que se ha violado el párrafo 1 del art. 6 de la Convención.

El Tribunal Europeo de Justicia ha reiterado en numerosas ocasiones que el derecho a la ejecución de una decisión judicial es uno de los aspectos del derecho a un tribunal (STEDH de 19 de marzo de 1997, asunto *Hornsby c. Grecia*; STEDH de 31 de marzo de 2009, asunto *Simaldone c. Italia*, nº 22644/03; STEDH de 19 de junio de 2018, asunto *Bursa Barosu Başkanliği y otros*) ya que, de lo contrario, las garantías del párrafo 1 del art. 6 de la Convención quedarían privadas de todo efecto útil. Si el Estado se niega o no cumple, o tarda en hacerlo, las garantías del art. 6 de las que disfruta el litigante durante la fase judicial del

procedimiento perderían toda razón de ser (asunto *Hornsby c. Grecia)*. Por consiguiente, la ejecución de una decisión judicial no puede impedirse, invalidarse ni retrasarse indebidamente (asunto *Burdov c. Rusia*, nº 59498/00). La ejecución también debe ser completa, perfecta y no parcial (STEDH de 2 de marzo de 2004, asunto *Sabin Popescu c. Rumanía*, nº 48102/99; STEDH de 31 de marzo de 2005, asunto *Matheus c. Francia*, nº 62740/00).

Según el Tribunal de Justicia de Estrasburgo, una vez que los tribunales nacionales dictan una decisión definitiva en el ámbito nacional, las autoridades públicas deben aplicarla con claridad y coherencia razonables, con la finalidad de evitar en la medida de lo posible la inseguridad jurídica y la incertidumbre para los sujetos afectados por su aplicación (asunto *Apanasewicz*). Además, la seguridad jurídica presupone el respeto del principio de la cosa juzgada (STEDH asunto *Brumărescu c. Rumanía* [GC], nº 28342/95), es decir, el carácter definitivo de las resoluciones judiciales. Un sistema judicial caracterizado por la posibilidad de impugnación perpetua y anulación reiterada de las sentencias firmes infringe el art. 6, párrafo 1, de la Convención (STEDH asunto *Sovtransavto Holding c. Ucrania*, nº 48553/99). Estas impugnaciones son inadmisibles tanto por parte de los jueces como de los miembros del poder ejecutivo (STEDH de 2 de noviembre de 2004, asunto *Tregoubenko c. Ucrania*, nº 23465/03). Este principio sólo puede derogarse cuando razones sustanciales y de peso lo exijan (STEDH asunto *Riabykh c. Rusia*, nº 52854/99).

La violación del art. 6.1 CEDH en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias se plantea también en la STEDH de 19 de febrero de 2013, asunto *García Mateos c. España*. La demanda se interpone alegando la actora una vulneración del derecho a un juicio equitativo, especialmente del derecho a la ejecución de las sentencias y al derecho a un recurso efectivo, así como de una discriminación por razón de sexo, en el marco de un procedimiento relativo a la conciliación de la vida familiar y profesional (en virtud de los arts. 6, 13 y 14 CEDH). El TEDH reitera al respecto que el Estado tiene la obligación de poner a disposición de los demandantes, un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas. Corresponde al TEDH examinar si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales (en este caso una autoridad judicial) a los efectos de la ejecución de las decisiones en cuestión, han sido adecuadas y suficientes (STEDH de 17 de junio de 2003, asunto *Ruianu c. Rumanía* , nº 34647/97, apartado 66), ya que, cuando dichas autoridades tienen la obligación de actuar para ejecutar una decisión judicial y omiten hacerlo o lo hacen incorrectamente comprometen la responsabilidad del Estado en el ámbito del artículo 6.1 de la Convención (ver también STEDH de 28 de septiembre de 1995, asunto *Scollo c. Italia* , apartado 44). En este caso, el Tribunal Constitucional había declarado que se había infringido el derecho de la actora a la ejecución de su primera sentencia, que reconocía la violación del

principio de no discriminación, pero, pese a las sentencias dictadas, la violación constatada no había sido reparada. A pesar de que, debido a la edad que había alcanzado el menor al término del procedimiento, una restitución íntegra del derecho vulnerado de la demandante ya no era posible, el TEDH declara que la falta de restitución había hecho inutil la protección acordada en amparo por parte del Tribunal Constitucional. Concluye el TEDH que por todo ello se ha producido la violación del artículo 6.1 (derecho a un proceso equitativo) en relación con el artículo 14 (prohibición de discriminación) del CEDH y reconoce el derecho a una indemnización económica ante la negativa del Tribunal Constitucional a estimar la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, por la no ejecución del fallo de amparo por el órgano judicial ordinario[14].

2.2. Derecho a un tribunal independiente e imparcial

La independencia e imparcialidad judicial es un elemento imprescindible para el desarrollo de un juicio justo, de un proceso equitativo. En los distintos convenios internacionales sobre derechos fundamentales aparece la independencia y la imparcialidad judicial como partes necesarias del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías y, por tanto, como presupuesto de un Estado de Derecho propio de una sociedad democrática. El art. 6 CEDH se refiere al derecho a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley. Estas garantías de la función jurisdiccional son comunes a todo tipo de procedimiento y son un requisito para garantizar la efectividad y la legitimación de los mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales[15].

Las garantías de independencia e imparcialidad están estrictamente relacionadas según ha mantenido el TEDH reiteradamente. Respoecto a la independencia judicial, el TEDH ha establecido algunos criterios, como el modo de designación del juez o tribunal; la duración del mandato de los miembros del tribunal; la existencia de una protección contra las presiones externas; la apariencia de independencia.

En cuanto a la imparcialidad, el Tribunal de Estrasburgo la define como falta de prejuicio o de criterio formado (STEDH de 6 de enero de 2010, asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España*, nº 74181/01, apartado 115; STEDH de 1 de octubre de 1982, asunto *Piersack c. Bélgica*, nº 8692/1979, apartado 30). Su configuración y contenido es resultado de la interpretación del TEDH, a partir de la regulación garantista llevada a cabo en el ámbito internacional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y CEDH, en particular). Los criterios

[14] Vid. un relato más amplio de esta sentencia en Martínez Miranda, M.M.: "Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales, vol. 6, núm. 1/2016, enero-junio, págs. 381 y sigs.

[15] Vid. Faggiani, V.: *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*, op. cit., pág. 209.

básicos aplicados por el Tribunal Europeo de Estrasburgo para determinar la imparcialidad judicial se refieren fundamentalmente a un elemento de apariencia, un aspecto subjetivo (que trata de averiguar la convicción personal y prejuicios de un juez en un caso concreto), un aspecto objetivo (referido a si el juez o tribunal ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto) y el análisis de su vulneración en el caso concreto (examen caso a caso)[16].

Estos criterios se recogen muy claramente en la STDH de 1 de diciembre de 2015, asunto *Blesa Rodríguez c. España*, nº 61131/12. El demandante alegó que su caso no había sido oído por un tribunal imparcial vulnerando el artículo 6.1 del Convenio. La Universidad de La Laguna interpuso una querella contra el demandante, profesor en la facultad de Farmacia de la Universidad, acusándolo de falsedad documental. La Universidad consideró que el demandante había presentado un curriculum vitae falso en el marco de un concurso público para la instalación de nuevas oficinas de farmacia. El demandante alegó falta de imparcialidad por parte de dos de los jueces del tribunal de la Audiencia Provincial. En relación con uno de ellos, consideró que el magistrado presidente de la Sala había formado parte del tribunal que conoció de la apelación planteada por el acusador contra la suspensión de la instrucción de la causa penal. En relación con el segundo, el demandante alegó que dicho juez participó como magistrado suplente en el proceso interpuesto por la Universidad de la Laguna, mientras al mismo tiempo era profesor asociado y empleado con funciones administrativas en la universidad. De acuerdo con el demandante, su cargo en la universidad era incompatible con su labor como juez en el proceso.

El Tribunal reitera que la imparcialidad debe evaluarse por medio de un análisis subjetivo, que consiste en tratar de determinar la opinión personal de un juez concreto en un asunto determinado; y por medio de un análisis objetivo, que consiste en confirmar si el juez ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima en este sentido (ver, entre otros precedentes STEDH de 23 de abril de 2015, asunto *Morice c. Francia* [GC], nº 29369/10, apartados 73-78; asunto *Pescador Valero c. España*, apartado 21; y STEDH de 10 de junio de 1996, asunto *Thomann c. Suiza, apartado* 30).

Por otro lado, respecto al análisis objetivo, el Tribunal de Estrasburgo considera que lo que debe determinarse en este caso es si, independientemente del comportamiento del magistrado, existen hechos objetivos que puedan plantear dudas sobre su imparcialidad. En este sentido, incluso las apariencias pueden ser importantes. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en la ciudadanía en una sociedad democrática (ver STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto *Castillo Algar c. España*, apartado 45). Esto implica que al decidir si en un caso determinado existe un motivo válido para temer que un juez concreto carece de imparcialidad, la opinión del demandante es importante pero

[16] Vid. Jiménez Asensio, R.: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Colex, Madrid 2002, pág. 183; también Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Derecho a un proceso equitativo. Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", op. cit., pág. 65.

no decisiva. Lo decisivo es si dicho temor puede entenderse como objetivamente justificado (ver STEDH de 7 de agosto de 1996, asunto *Pescador Valero*, apartado 23; STEDH de 7 de agosto de 1996, asunto *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, apartado 58; y STEDH asunto *Wettstein c. Suiza*, nº. 33958/96, apartado 44). En el caso concreto de esta sentencia, el magistrado era profesor asociado y realizaba labores administrativas por las que percibía ingresos por parte de la universidad. Por dichos motivos, se debe considerar que el juez mantuvo relaciones profesionales regulares, estrechas y remuneradas con la universidad mientras llevaba a cabo sus labores como magistrado en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. En opinión del Tribunal, estas circunstancias sirven objetivamente para justificar el recelo del demandante de que el magistrado carecía de la imparcialidad necesaria (ver *Pescador Valero*, anteriormente citado, apartados 27-28). Por tanto considera que ha habido una vulneración del artículo 6.1 del Convenio respecto al requisito de un tribunal imparcial.

En consecuencia, a partir de estos criterios de valoración, la doctrina mantenida por el TEDH en relación con la exigencia de un juez independiente e imparcial es la siguiente:

-La imparcialidad judicial debe existir subjetivamente, en relación con las convicciones, comportamientos y prejuicios personales del juez en relación con un caso concreto, lo que requiere establecer un sistema de incompatibilidades y prohibiciones relacionado con dichos aspectos.

-En segundo lugar, la imparcialidad debe garantizarse objetivamente ofreciendo las garantías suficientes que excluyan cualquier duda razonable y legítima. En relación con este segundo aspecto, el TEDH estableció inicialmente que debía considerarse que no se cumple con el requisito de imparcialidad si previamente el juez ha intervenido en la fase previa de la actividad procesal (de manera particular en la fase de instrucción), de forma que la imparcialidad exigiría que el juez no hubiera tenido oportunidad de conocer el caso enjuiciado con anterioridad al momento del juicio (STEDH de 1 de octubre de 1982, asunto *Piersack c. Bélgica* y STEDH de 26 de octubre de 1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*)[17].

-No obstante, esta doctrina ha sido matizada por el propio TEDH a partir de la Sentencia de 24 de mayo de 1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, estableciendo que no es suficiente probar que el juez ha tenido conocimiento previo de la causa o ha participado en la instrucción de la misma para determinar la inexistencia de imparcialidad. Estos son elementos a tener en cuenta pero será necesario examinar el caso concreto y analizar los elementos existentes de forma individualizada[18]. El análisis caso por caso de la imparcialidad judicial es así otro de los criterios mantenidos por el TEDH.

[17] Vid. Jiménez Asensio, R.: *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Colex, Madrid 2002, pág. 185.

[18] Vid. Milione Fugali, C.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 90.

-En último lugar, el Tribunal considera que las apariencias pueden revestir importancia en materia de imparcialidad ya que, como señala expresamente, "lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en la ciudadanía en una sociedad democrática" (STEDH de 1 de octubre de 1982, asunto *Piersack c. Bélgica*), si bien este elemento deberá ser apreciado también caso por caso. Todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer el caso.

Respecto de los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la imparcialidad subjetiva del juez debe presumirse mientras no se demuestre lo contrario (STEDH de 23 de junio de 1981, asunto *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica;* STEDH de 24 de mayo de 1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*, nº 10486/83, apartado 47), por ejemplo "muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado" o razones de orden personal (STEDH de 26 de octubre de 1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*, nº 9186/80). Esta presunción determina que sea el aspecto objetivo el que deba ser examinado con mayor detenimiento.

Finalmente en cuanto a la exigencia de que el tribunal sea establecido por ley, el Tribunal de Justicia (STEDH de 1 de octubre de 1982, asunto *Piersack c. Bélgica)* considera que es preciso determinar si la frase «establecido por la ley» cubre no sólo el fundamento legal para la misma existencia del «tribunal», sino también la composición de éste en cada caso, y en este caso si el Tribunal europeo puede revisar el modo en que los tribunales nacionales interpretan y aplican su derecho interno en esta materia, y, finalmente, si este derecho no es en sí mismo conforme con el Convenio y en concreto con el requisito de imparcialidad que figura en el artículo 6.1 (ver en el contexto del artículo 5 STEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp*; y STEDH de 5 de noviembre de 1981, asunto *X c. Reino Unido*).

2.3. Derecho a una decisión fundada en derecho (motivación)

El derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 del CEDH implica también el derecho a una decisión fundada en derecho. El art. 6.1 CEDH establece que toda persona tiene derecho a un tribunal "que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella". La decisión judicial debe por tanto estar sustentada en la ley, es decir que la sentencia debe expresar claramente la motivación de la decisión juridica, motivación que ha de estar fundada en derecho (vid. SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, asuntos *Ruiz Torrija c. España* y *Hiro Balani c. España*, en las que el TEDH declara la violación del art. 6 CEDH por defecto de motivación).

Así, en la STEDH de 17 de abril de 2018, asunto *Cihangir Yikdiz c. Turquie*, el Tribunal de Justicia recuerda que, de conformidad con el art. 6, apartado 1, de la Convención, las decisiones de los órganos jurisdiccionales deben indicar suficientemente los motivos en los que se basan, a fin de demostrar que las partes han sido oídas y garantizar la posibilidad de control publico de la administración de justicia[19] (también en *Salov c. Ukraine*, nº 65518/01).

Aunque un tribunal nacional tiene cierte margen de apreciación en la elección de argumentos y la admisión de pruebas, debe justificar sus actividades exponiendo las razones de sus decisiones (STEDH de 17 de abril de 2018, asunto *Cihangir Yikdiz c. Turquie*; también STEDH de 1 de julio de 2003, asunto *Suominen c. Finlande*, nº 37801). Pero, en cualquier caso, la fundamentación de la resolución judicial debe ser fruto de un razonamiento jurídico sobre la base de los argumentos sustentados de forma pertinente[20] (requisito de congreuencia) y de ninguna forma resultado de una elección arbitraria del órgano judicial.

Si bien el párrafo 1 del art. 6 de la Convención obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, esto no significa que exija una respuesta detallada a cada argumento (STEDH de 19 de abril de 1994, asunto *Van de Hurk c. Pays-Bas*). Lo determinante es que el órgano judicial responda a la pretensión principal, como también ha precisado el Tribunal Constitucional español en relación al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE (sólo la omisión o falta de respuesta total implica una vulneración verdadera de la decisión fundada en derecho, vid. SSTC 29/1987, 6 de marzo; 8/1989, 23 de enero; 138/2007, de 4 de junio)[21].

[19] En el caso de autos resuelto en la STEDH de 17 de abril de 2018, asunto Cihangir Yikdiz c. Turquie, el Tribunal señala que la finalidad del procedimiento ante los órganos jurisdiccionales administrativos era determinar si la demandante podía reclamar la adjudicación de los terrenos. Para decidir esta cuestión, era necesario determinar si el solicitante había presentado efectivamente una solicitud de amnistía por delitos urbanísticos al municipio metropolitano de Ankara en 1983. Si bien dicha administración indicó que había recibido tal solicitud y había facilitado una copia del registro en cuestión, el Tribunal Administrativo consideró finalmente que, a falta de una copia del formulario de solicitud y, en particular, de un recibo bancario, la realidad de la solicitud no se había establecido y desestimó el recurso por ese motivo. Observa asimismo que el principal motivo de recurso de la recurrente consistía esencialmente en criticar al Tribunal Administrativo por no haber adoptado las medidas necesarias para obtener de las administraciones afectadas la presentación de todos los documentos que permitieran verificar las alegaciones formuladas por la recurrente en relación con la presentación de una solicitud formal de amnistía en 1983, o por haber adoptado cualquier medida de investigación que pudiera invalidar o confirmar la alegación del Ayuntamiento de Çankay relativa a la supuesta falsificación del registro de solicitudes de amnistía. En este contexto, al facilitar los documentos que había podido obtener entretanto, el demandante pretendía demostrar que, de haber adoptado las medidas necesarias, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se habría desecho de aquellos documentos que invalidaban las alegaciones de la administración demandada y conrfimaban las suyas propias.

[20] Vid. Jimena Quesada, L.: "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*", op. cit., pág. 184.

[21] Vid. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.: "Derecho a un proceso equitativo. Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", pág. 67.

El alcance de la obligación de motivación puede variar en función de la naturaleza de la resolución y debe analizarse a la luz de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta, en particular, la diversidad de medios que un litigante puede invocar ante los tribunales, así como las diferencias existentes en los Estados contratantes por lo que se refiere a las disposiciones legales, los usos, los conceptos doctrinales, la presentación y la redacción de las sentencias (STEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto *Hiro Balani c. España*). Sin embargo, cuando una alegación formulada por una de las partes es decisiva para el resultado del procedimiento, requiere una respuesta específica y explícita (STEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto *Ruiz Torija c. España*; STEDH de 24 de mayo de 2005, asunto *Buzescu c. Roumanie,* nº 61302/00; y STEDH de 7 de marzo de 2006, asunto *Donadzé c. Géorgie*, nº 74644/01).

El TEDH ha precisado además que la decisión judicial fundada en derecho exige que el juez aplique los derechos derivados de las normas vigentes, rechazando cualquier interferencia del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir en el resultado judicial del litigio. Así, en el supuesto resuelto en la STEDH de 3 de julio de 2018, asunto *Topal c. République de Moldova*, sobre jubilación personal, el Tribunal de Justicia reitera que, "si bien, en principio, no se impide que el poder legislativo regule en materia civil, mediante nuevas disposiciones retroactivas, los derechos derivados de las leyes en vigor, el principio del Estado de Derecho y el concepto de juicio justo consagrado en el art. 6 se oponen, salvo por razones imperativas de interés público, a la interferencia del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir en el resultado judicial del litigio" (también en STEDH asunto *Zielinski y Pradal y Gonzalez y cotros c. Francia* [GC], nº 24846/94 y 34165/96 a 34173/96; STEDH de 1 de julio de 2014, asunto *Guadagno y otros c. Italia*, nº 61820/08).

En el caso de autos resuelto en la STEDH de 3 de julio de 2018, asunto *Topal c. République de Moldova*, sobre jubilación personal, el 12 de julio de 2001, la Asamblea Popular de Gagauzia aprobó una Ley local sobre jubilación personal, respecto de la cual se planteó una excepción basada en la ilegalidad de la misma al considerarse que era incompatible con la Ley de la República de Moldova, de 14 de octubre de 1998, sobre pensiones de la seguridad social del Estado. La Ley de anulación local tuvo efectos retroactivos y los tribunales que conocieron del asunto desestimaron las pretensiones de la demandante por considerar que ya no tenían fundamento alguno en el Derecho interno.

Como ha señalado Jimena Quesada[22], "la obligación de motivar que pesa sobre los órganos jurisdiccionales es la mayor garantía de la obtención de una decisión judicial acorde con el Estado de Derecho".

[22] Vid. Jimena Quesada, L.: "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*", op. cit., pág. 184.

2.4. Derecho a un proceso público, a la publicidad de la sentencia y al acceso a la sala

El art. 6.1 CEDH establece que el derecho a un proceso equitativo requiere la celebración pública de los procesos: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída [...] públicamente"; "La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

En este sentido la doctrina del Tribunal de Estrasburgo es unánime en considerar que el derecho a un proceso público representa un principio fundamental que informa, desde la base, el funcionamiento de toda sociedad democrática (STEDH de 26 de septiembre de 1995, caso *Diennet c. Francia*).

Desde las SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, asuntos *Axen c. República Federal de Alemania* y *Pretto y otros c. Italia*, el Tribunal de Estrasburgo elaboró la doctrina relativa a la doble dimensión -subjetiva y objetiva- del derecho a un proceso público (doctrina claramente consolidada y reiterada de forma continuada por el Tribunal Europeo; vid. también SSTEDH de 15 de julio de 2003, asuntos *Forcellini c. San Marino* y *Biagi c. San Marino*), que determina las dos finalidades que trata de garantizar[23]:

-Por una parte, el carácter público del proceso protege a los justiciables de una justicia secreta y sin control de la opinión pública (dimensión subjetiva).

-Por otra parte, contribuye a garantizar la confianza de la sociedad en los juzgados y tribunales (dimensión objetiva).

Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional en España ha venido manteniendo también la importancia del derecho a un proceso público como garantía frente a la arbitrariedad de los tribunales y, en última instancia, como garantía del sistema de protección establecido por el art. 6 CEDH (STC 96/1987, de 2 de diciembre).

No obstante, el propio art. 6 CEDHE pone de relieve que el derecho a un proceso público no es un derecho absoluto, sino que puede sufrir importantes limitaciones, dependiendo de los casos y de las circunstancias concretas. Así, el propio art. 6 CEDH plantea una serie de excepciones: el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional; cuando los intereses de los menores o la protección de la vida

[23] Milione, Ciro: "El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", AFDUDC, 14, 2010, pág. 566.

privada de las partes en el proceso así lo exijan; cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. Como ha señalado Milione, estos límites responden, por tanto a tres categorías: intereses referidos tanto al individuo como al proceso (moral, orden público, seguridad nacional); intereses relativos a los sujetos afectados por la acción de la justicia (intereses de los menores, proteción de la vida privada de las partes); intereses relativos a las propias exigencias de la justicia.

El propio TEDH ha ido delimitando algunos aspectos importantes de este derecho y de sus límites a través del examen del caso concreto (análisis del caso que tiene una importancia sustancial a la hora de establecer la violación o no del derecho a un proceso equitativo). Así, ha establecido que no siempre la ausencia de publicidad se puede considerar como violación del art. 6 CEDH (STEDH de 24 de abril de 2001, asunto *B. P. c. Reino Unido*, que pone de manifiesto que la mera *"exigencia formal de publicidad"*en sí misma no es suficiente para demostrar la existencia de indefensión); por el contrario, considera que ha existido indefensión (y por tanto vulneración del derecho a un proceso equitativo), pese a haber sido absuelto por los tribunales, por el hecho de no haberse celebrado públicamente los procesos en los que el demandante estaba imputado (STEDH de 26 de septiembre de 2000, asunto *Guisset c. Francia*); el proceso público debe ser "un juicio oral accesible al público", excluyendo cualquier otra forma de publicidad procesal (STEDH de 15 de julio de 2003, asunto *Ernst y otros c. Bélgica*). También, el TEDH ha avalado la imposición de estos límites en el caso de "procesos paralelos" en la prensa que podían afectar a la independencia judicial (STEDH de 26 de abril de 1976, asunto *The Sunday Times c. Reino Unido*), o en el caso de existencia de presiones o insultos proferidos en medios de comunicación a los integrantes del poder judicial (STEDH de 11 de marzo de 2003, asunto *Lesnik c. Eslovaquia*).

Dentro del contenido del derecho a un proceso público, el art. 6 CEDH garantiza, con las limitaciones ya señaladas, la celebración pública de las audiencias (con puertas abiertas y posibilidad de acceso a las salas de justicia por parte de terceros) y el pronunciamiento público de las sentencias. Este último aspecto, la necesidad de que las sentencias sean pronunciadas públicamente, permite el control de la actividad jurisdiccional por la sociedad y asegura al interesado la posibilidad de conseguir rápidamente el texto integro de la resolución judicial (STEDH de 28 de junio de 1984, asunto *Campbell y Fell c. Reino Unido*; y STEDH de 24 de noviembre de 1997, asunto *Werner c. Austria*). De esta forma, la publicidad del proceso se puede considerar también como una manifestación del derecho a ser informado (art. 10 CEDH).

2.5. El plazo razonable

El derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 CEDH supone igualmente que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial "dentro de un plazo razonable" (párrafo 1 del art. 6 CEDH). Esta referencia al plazo razonable se entiende como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Constituye un derecho subjetivo público autónomo pero, al mismo tiempo, es también un derecho subjetivo instrumental para la tutela judicial efectiva[24] y, como ha señalado el TEDH, para garantizar la credibilidad y la efectividad de la justicia (STEDH de 27 de octubre de 1994, asunto *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*).

Como se ha señalado en la doctrina, el derecho a un proceso resuelto en un plazo razonable no significa reclamar un «derecho a los plazos» que ordenan las secuencias del proceso (recuérdese que el TC ha declarado que éste no constituye un derecho subjetivo ni en el marco de la legalidad ordinaria ni como derecho fundamental), sino que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se proyecta sobre la duración total del procedimiento, no sobre la duración de cada una de las fases de dicho procedimiento[25].

El Tribunal de Justicia ha interpretado que la razonabilidad de la duración del procedimiento debe apreciarse a la luz de las circunstancias del caso y de los criterios consagrados en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y de las autoridades competentes, así como las consecuencias del litigio para los interesados (STEDH de 24 de julio de 2018, asunto *Negrea y otros c. Roumanie*; y, previamente, en SSTEDH asunto *Sürmeli c. Allemagne* [GC], nº 75529/01; asunto *Paroisse gréco-catholique Lupeni y otros c. Roumanie* [GC], nº 76943/11; asunto *Vlad y otros;* STEDH de 13 de mayo de 2008, asunto *Georgescu c. Roumanie*, nº 25230/03).

Así, en el caso resuelto en la STEDH de 24 de julio de 2018, asunto *Negrea y otros c. Roumanie*, en relación con las solicitudes de los demandantes de la prestación por maternidad de un recién nacido, el Tribunal considera que ni la complejidad del asunto ni el comportamiento de las demandantes explican la duración del procedimiento. En lo que respecta a la conducta de las autoridades nacionales, observa que el caso se remitió repetidamente al ministerio público para su enjuiciamiento, tanto por errores de éste como porque la investigación no había concluido. Habiendo exminado todas las pruebas presentadas y la jurisprudencia en la materia, el Tribunal considera que la duración del procedimiento

[24] Vid. Díez Maroto y Villarejo: "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en Casas Baamonde, M.E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2009, pág. 704.

[25] Cfr. Asúa Batarrita, A.: "Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva", pág. 162.

no responde a la exigencia de un "plazo razonable", por lo que declara violado el párrafo 1 del art. 6 de la Convención.

A la hora de ponderar el plazo razonable para considerar violado el derecho a un proceso sin dilaciones deberá tenerse en cuenta, obviamente, si el proceso se ha desarrollado ante más de una instancia judicial. El Tribunal de Estrasburgo recuerda, en este sentido, que es necesario examinar la duración del conjunto de las instancias del litigio (así, STEDH de 18 de octubre de 2016, asunto *Rácz c. Hungría*, en la que el Tribunal consideró que se había transgredido la exigencia del plazo razonable al ser superior a seis años el transcurso del tiempo en conjunto del litigio llevado a cabo en tres instancias).

En la STEDH de 6 de enero de 2015, asunto *Luis M. Balsells i Castelltort y otros c. España*, en la que se resuelve la queja planteada en relación al tiempo transcurrido entre la celebración del juicio oral ante el Juez de lo laboral, y el dictado de la sentencia (que había sobrepasado ampliamente el plazo de cinco días dispuesto en el art. 97.1 de la LRJS), el TEDH estima que los demandantes no pueden pretender que la reparación de una posible vulneración de su derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable conlleve anular la sentencia de primera instancia, dadas las circunstancias del supuesto. Considera que los demandantes deberían haber presentado una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, ante el Ministerio de Justicia, y, en su caso, recurrir a la jurisdicción contenciosa-administrativa. Al no haber utilizado esta vía de recurso disponible en derecho interno y no haber interpuesto una demanda de indemnización (de conformidad con los arts. 292 y sigs. de la LOPJ), el TEDH considera que la demanda debe ser rechazada por no agotamiento de las vías de recurso interno, declarándola inadmisible[26].

También en la STEDH de 9 de junio de 2009, asunto Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España, el TEDH consideró existente la violación al derecho a un proceso resuelto en un plazo razonable puesto que la ejecución de la sentencia no se había producido 7 años despúes. En el mismo sentido se pronuncian, entre otras muchas, las STEDH de 9 de junio de 2009, asunto *Moreno Carmena c. España* 9 de junio de 2009 y de 27 de septiembre de 2011, asunto *Ortuño Ortuño c. España* (con una duración de 11 y 13 años en los respectivos procesos). Todo ello permite cuestionar si se ha vulnerado o no el plazo razonable en la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 2016 en el caso de la profesora de religión Resurrección Galera, tras no renovarle el contrato en 2001 por decisión del Obispado de Almeria y tras recibir el amparo del Tribunal Constitucional en 2011 y tras 11 recursos; la sentencia estaba siendo ejecutada parcialmente desde febrero de 2018 mediante el percibo mensual de su salario, pero la ejecución completa se ha producido en septiembre de 2018.

[26] Vid. Martínez Miranda, M.M.: "Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales, vol. 6, núm. 1/2016, enero-junio, págs. 384 y sigs.

3. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Según el TEDH, la presunción de inocencia se incluye entre los elementos del proceso equitativo reconocido en el art. 6.1 de la Convención. No obstante, también se reconoce como un derecho autónomo del justiciable en el art. 6.2 CEDH que establece que "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada". Siendo un derecho fundamental es claro que requiere una interpretación extensiva y que no se limita a ser una mera garantía procesal (se recoge igualmente como erecho fundamental en el art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente").

El TEDH considera que para evitar una violación de este derecho cualquier persona investigada debe ser tratada como si fuera inocente hasta que no se demuestre lo contrario y la carga de la prueba debe recaer en la acusación. Sólo podrá ser declarado no inocente cuando un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable, basándose obviamente en pruebas y no en meras declaraciones o suposiciones (STEDH de 6 de diciembre de 1988, asunto *Barberá, Messegué y Jabardo c. España)*. Además, cuand se plantee una duda debe interpretarse a favor del acusado o sospechoso, aplicándose el principio *in dubio pro reo* o su traducción en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como sería la aplicación del principio *in dubio pro operario*.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que este derecho a la presunción de inocencia no se configura sólo como un mandato hacia el juez, sino que tiene un alcance más amplio, afectando también a cualquier representante del Estado, autoridad pública o funcionario público, que no podrá presentar públicamente a los sospechosos o acusados como culpables de un delito o infracción mientras que no hayan sido juzgados y condenados con sentencia firme. No obstante, el TEDH admite que las autoridades públicas puedan hacer públicos aspectos de un proceso, o informar sobre las investigaciones, pero deben estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad (STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, nº 15175/89, apartado 38; STEDH de 28 de noviembre de 2002, asunto *Lavents c. Letonia*, nº 58442/00, apartado 126).

El art. 6 CEDH no reconoce expresamente el derecho a estar presente en el proceso, ni tampoco el derecho de no auto-inculparse, que incluye el derecho a guardar silencio (a no contestar a determinadas preguntas o guardar silencio absoluto) y a no estar obligado a presentar pruebas que puedan contribuir a su inculpación. Sin embargo, el TEDH ha declarado que el derecho a no inculparse forma parte del concepto de proceso justo (STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders vs Francia;* STEDH de 21 de diciembre de 2000, asunto *Heaney*

and McGuiness c. Irlanda)[27]. Considera que estos derechos entran dentro de las garantías mínimas (en la propia esencia) del derecho a un proceso equitativo del art. 6 de la Convención y, en cualquier caso, entran dentro del ámbito del art. 6 por reenvío de las normas internacionales[28]. Como establece el TEDH, la finalidad del art. 6 CEDH es la protección frente a coacciones abusivas de las autoridades y frente a errores judiciales (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Bycov c. Rusia*, nº 4378/02, apartado 92, recogiendo jurisprudencia anterior), de forma que no se pueden suprimir estos derechos a no inculparse y a guardar silencio (STEDH de 21 de diciembre de 2000, asunto *Heaney and McGuiness c. Irlanda*) y cualquier obtención de pruebas mediante coacción o mediante la fuerza constituye una violación del derecho al silencio (STEDH de 25 de febreo de 1993, asunto *Funde c. Francia*).

El TEDH, en aplicación del citado art. 6.2 del CEDH, ha vinculado el derecho de presunción de inocencia de manera directa con el derecho a un juicio justo. La jurisprudencia del TEDH, en relación con las pruebas que permitan destruir la presunción de inocencia se remite a la legislación procesal interna de cada Estado, sin entrar a considerar ni a decidir sobre la valoración efectuada respecto a las mismas por el tribunal nacional correspondiente. La función del TEDH será establecer si en el caso concreto se ha garantizado un juicio justo en su conjunto, pero no le compete sustituir la valoración de las pruebas practicadas que han llevado a cabo los órganos jurisdiccionales nacionales, sino determinar si al apreciarlas hubo o no vulneración del derecho de presunción de inocencia y si los órganos judiciales nacionales respetaron y aplicaron las normas legales internas al objeto de determinar si efectivamente se produjo, o no, una vulneración de lo dispuesto por el art. 6.2 CEDH[29].

4. LOS DERECHOS DE LA DEFENSA

El apartado tercero del art. 6 CEDH enuncia una serie de derechos procesales básicos, que constituyen garantías específicas incluídas en la categoría amplia de "derechos de la defensa". Estas garantías -estándares mínimos comunes que deben ser respetados por todos los Estados miembros del Consejo de Europa-, están relacionados directamente con los principios de contradicción y de igualdad de

[27] Vid. sobre esta cuestión, aunque referido al ´mbito penal, Álvarez de Neyra Kappler, S.: "La valoración del derecho a guardar silencio en el proceso penal según la jurisprudencia nacional y europea", *Revista de Estudios Europeos*, n. especial, 2017, pág. 48 (http://www.ree-uva.es).

[28] Vid. Faggiani, V.: *La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*, op. cit., pág. 223.

[29] Vid. Martín Diz, F.: "Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 18/2º Semestre 2011, págs. 144-145.

armas y son, como mantiene reiteradamente el TEDH, una manifestación específica del derecho a un proceso equitativo[30].

Dentro de estos derechos de la defensa, de carácter instrumental, se incluyen el derecho a ser informado de la causa, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda; a poder preparar su defensa; a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor (gratuitamente en el caso de ausencia de medios económicos); a poder interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren contra él o a su favor; a ser asistido de un intérprete en caso de no comprender la lengua empleada en la audiencia. Aunque en su redacción, todas estas garantías procesales estén orientadas particularmente al ámbito penal, la extensión del art. 6 CEDH a todas las jurisdicciones según la interpretación del TEDH hace que sean aplicables también al proceso laboral.

-El derecho a ser informado de la acusación y a preparar la defensa

En primer lugar, art. 6.3 CEDH a) establece el derecho "a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él". El derecho a ser informado sobre el contenido y la naturaleza de la acusación o cargos que se le imputan (reconocido también en el art. 5.2 CEDH, relativo al derecho a la libertad y a la seguridad, para el supuesto concreto de una detención, y en los arts. 9.2 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y de los derechos procesales básicos, lo cual constituye un elemento básico para garantizar el derecho a la defensa. Constituye un elemento indispensable para hacer efectivos el principio de contradicción y de igualdad de armas.

No puede existir un juicio justo sin que el sujeto imputado conozca los hechos que se le imputan y sin que pueda disponer de las facilidades necesarias para preparar la defensa. Este derecho a la información incluye los hechos imputados y la calificación jurídica propuesta, de forma clara y precisa. En la STEDH de 22 de mayo de 2018, asunto *Drassich c. Italia (nº 2)*, nº 65173/09, apartado 66, el Tribunal recuerda que el alcance de esta disposición debe apreciarse especialmente a la luz del derecho más general a un juicio justo, garantizado en el párrafo 1 del art. 6 de la Convención. Señala que una información precisa y completa de todos los cargos que se imputan y de la calificación jurídica propuesta es una condición esencial de la imparcialidad de los procedimientos. La corte recuerda además que existe una relación entre los apartados a) y (b) del artículo 6.3 y el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación debe ser considerado teniendo en cuenta el derecho del acusado a preparar su defensa.

[30] Como indica V. Faggiani (*La justicia penal en la Unión Europea. Hacia la armonización de los derechos procesales*, op. cit., nota 322, pág. 214), aunque el principio de igualdad de armas no esté expresamente reconocido en el art. 6 CEDH, se puede considerar implícito en la "cláusula de la equidad procesal" y se puede, además, deducir de una interpretación sistemática del art. 6 con el art. 14 que reconoce el principio de igualdad. Igualmente este principio está implícito en las garantías procesales contenidas en el apartado 1 del art. 6, en la medida en que la independencia y la imparcialidad y el principio de contradicción implican a su vez el principio de igualdad de armas.

Muchos de los casos planteados ante el Tribunal de Estrasburgo por presunta violación de este derecho se refieren a la falta de notificación en la forma debida y suficiente de los motivos imputados, la falta de traducción en una lengua que la persona comprenda, y las recalificaciones de la acusación a lo largo del procedimiento[31]. La jurisprudencia del TEDH ha ido estableciendo unos estándares mínimos a través de los cuales se define el contenido esencial de este derecho (SSTEDH de 25 de julio de 2000, asunto *Mattoccia c. Italia*, nº 23969/94, apartados 60 y 71; de 25 de marzo de 1999, asunto *Pélissier y Sassi c. Francia*, nº 25444/94, apartado 54; de 19 de diciembre de 1989, asunto *Kamasinski c. Austria*, nº 9783/82, apartado 79, entre otras muchas).

Así, en la STEDH de 16 de enero de 2018, asunto *Akbal c. Turquie*, núm. 43190/2005, se considera que la ausencia de traslado al demandante de un documento, declarado confidencial, en el que se basó el despido fue determinante para el resultado del litigio, por lo que se produjo una infracción del principio de "igualdad de armas" y, en consecuencia, una violación del art. 6 CEDH[32]. El Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual el derecho a un proceso contradictorio implica en principio la facultad para las partes en un proceso de conocer cualquier documento o alegación presentada ante el Juez, con el fin de influir en su decisión, y discutirla (*Kress contra Francia,*, núm. 39594/1998, ap. 65; *Göç contra Turquía,* núm. 36590/1997, ap. 55; y *Martinie, contra Francia,* núm. 58675/2000, ap. 46). Considera en este caso que no se podría reprochar al interesado no haber tomado la iniciativa de presentar una demanda con el fin de

[31] Vid. López Betancourt, E. y Fonseca Luján, R.C.: "Jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho a un proceso equitativo: Sentencias contra España de interés para Mexico", *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, pág. 373 y sigs., donde se hace una reseña de diveros pronunciamientos al respecto del TEDH.

[32] En el caso concreto de esta sentencia, el contrato laboral del demandante fue rescindido por su empleador, la empresa pública «Industria de fertilizantes de Estambul» y el recurrente presentó ante el Tribunal administrativo de Sakarya una demanda de anulación e indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal administrativo solicitó a la empresa pública empleadora que presentara los motivos de la rescisión, así como los documentos en base a los cuales se había adoptado esta decisión. La empresa demandada presentó su escrito en defensa ante el Tribunal administrativo, sosteniendo que el contrato laboral del demandante había sido rescindido conforme a la ley tras haber estimado que ya no podía sacar provecho de los servicios del demandante. Así mismo, la empresa indicó, en un documento adjunto al de su escrito en defensa, que la decisión de rescisión estaba principalmente basada en los motivos contenidos en el documento interno núm. 5257 de 18 de noviembre de 1995, preparado por la Dirección del departamento de mantenimiento y reparación en el que trabajaba en demandante, y calificado de confidencial por la Dirección. El Tribunal administrativo dictó su Sentencia, mencionando el comportamiento incorrecto del demandante que habría contribuido al fallo reiterado de los equipos de los que se encargaba, así como su relación con sus subordinados, descrita como susceptible de degradar el ambiente de trabajo en el seno del departamento de cuya supervisión se encargaba. Señaló que estos comportamientos habían sido notificados a la Dirección general de la empresa a través del documento núm. 5257, calificado como confidencial. Por otro lado, señaló que, sobre la base de este último documento, el demandante había sido destituido de su función de ingeniero jefe del departamento de mantenimiento técnico; que tras esta destitución no había respetado la disciplina y la armonía en el lugar de trabajo; y que había estado de vacaciones o de baja por enfermedad en períodos de trabajo intensivo. En vista de estas observaciones, el Tribunal concluyó que la rescisión del contrato laboral del demandante se ajustaba a derecho en la medida en que su empleador no podía sacar provecho de sus servicios. En consecuencia, desestimó la demanda del recurrente.

obtener una copia de dicho documento para poder presentar sus argumentos al respecto, más aun teniendo en cuenta que el demandante parece no haber sido informado con anterioridad a la sentencia del Tribunal administrativo que la rescisión de su contrato laboral estaba basada en el documento en litigio, calificado de confidencial por su empleador. Por otro lado, el Tribunal estima que esperar que el demandante vaya a consultar el documento en cuestión a la Secretaría del Tribunal administrativo equivaldría a imponerle una carga desproporcionada y no le habría garantizado una posibilidad real de presentar sus alegaciones sobre este documento (ver *Göç contra Turquía*, núm. 36590/1997, ap. 57). Recuerda al respecto que el principio contradictorio debe poder ejercerse en condiciones satisfactorias de manera que el litigante disponga de la posibilidad de familiarizarse con los documentos en cuestión, de comentarlos de manera apropiada y de un plazo suficiente para redactar sus argumentos (ver, al respecto, *Krčmář y otros contra República checa*, núm. 35376/1997, ap. 42, 3 marzo 2000, y *Immeubles Groupe Kosser contra Francia*, núm. 38748/1997, ap. 26, 21 marzo 2002).

Directamente relacionado con este derecho a ser informado está el derecho a disponer del tiempo suficiente y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa. Es claro que el derecho a preparar la defensa de forma adecuada no puede realizarse si no se garantiza el derecho a ser informado, de tal forma que si se vulnera este último derecho ello implicará necesariamente también la vulneración del derecho a la preparación de la defendsa. Así, en la STEDH de 11 de diciembre de 2007, asunto *Drassich c. Italia*, nº 25575/04, el Tribunal declaró que al haber imputado al demandante un delito distinto sin haberle informado se había producido una vulneración de su derecho a ser informado de la acusación y del derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para articular su defensa, ya que el acusado no pudo realizar las alegaciones pertinentes.

Manteniendo un criterio de ponderación, el TEDH ha establecido que la determinación de si el tiempo y las facilidades son adecuados debe valorarse a la luz de las circunstancias y la gravedad del caso concreto (SSTEDH de 15 de noviembre de 2007, asunto *Galstyan c. Armenia*, nº 26986/03, apartado 84; 26 de noviembre de 2009, asunto *Dolenec c. Croacia*, nº 25282/06). En la STEDH de 22 de mayo de 2018, asunto *Drassich c. Italia (nº 2)*, nº 65173/09, apartado 70, recuerda una vez más que las disposiciones del art. 6.3 no imponen una forma particular en cuanto a la manera en que el acusado debe ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él, de tal forma que lo importante es determinar si pese a la ausencia de una notificación formal de los cargos ha sido informado de manera adecuada y en tiempo útil para permitirle preparar su defensa. El Tribunal de Estrasburgo considera que dentro de las "facilidades necesarias para la preparación de la defensa" que exige el art. 6.3 CEDH deben incluirse el acceso a los expedientes y a los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, especialmente n el caso de procesos penales (SSTEDH de 6 de marzo de 2012,

asunto *Leas c. Estonia*, nº 59577/08, apartado 80; de 18 de marzo de 1997, asunto *Foucher c. Francia*, nº 10/1996/629/812, apartado 26-38).

Como se ha indicado también en la doctrina, en relación con las referidas "facilidades para preparar la defensa", aunque ésta se refiere a todo el desarrollo del procedimiento en conjunto, la mayor trascendencia de esta facultad se produce en el momento de acceso a la jurisdicción y de presentación de la demanda y de los correspondientes documentos de apoyo[33].

Especial importancia adquiere en relación con estos derechos el elemento temporal. En cuanto al tiempo necesario para acceder a la jurisdicción y el plazo presentar el recurso, aunque el TEDH ha declarado que las formalidades relativas a la presentación de recursos depende, en principio, del margen de apreciación (STEDH 11 de octubre de 2001, asunto *Rodríguez Valín c. España*), este margen de apreciación estatal no es absoluto y además el derecho reconocido en el art. 6 de la Convención debe ser tenido en cuenta por el legislador nacional cuando establece plazos demasiado cortos para preparar adecuadamente la demanda (así, STEDH de 7 de junio de 2007, asunto *Salt Hiper S.A. c. España*).

-El derecho a interrogar a los testigos

Dentro de los derechos de la defensa se incluye también el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él o a su favor (art. 6.3,d). El TEDH considera que éste derecho constituye un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo, que debe ser tenido en cuenta en cualquier caso para valorar la equidad del procedimiento llevado a cabo (STEDH de 26 de abril de 1991, asunto *Asch c. Austria*, nº 12398/86, apartado 25). De tal forma que su vulneración restringe los derechos de la defensa hasta un límite incompatible con las garantías del art. 6 de la Convención (STEDH de 27 de febrero de 2001, asunto *Lucà c. Italia*, nº 33354/96, apartado 40). Este derecho constituye una expresión del principio de igualdad de armas y contradicción.

También en la STEDH de 7 de junio de 2018, asunto *Dimitrov y Momin c. Bulgaria*, el Tribunal de justicia recuerda que los diferentes requisitos del art. 6, apartado 3, representan aspectos particulares del derecho a un proceso justo garantizado por el apartado 1 de dicha disposición, que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la equidad del procedimiento en su conjunto (también en SSTEDH asunto *Al-Khawaja y Tahery;* asunto *Gäfgen c. Alemania* [GC], nº 22978/05; y *Simeonovi c. Bulgaria* [GC], nº 21980/04).

En particular, la Corte ha identificado en su jurisprudencia los siguientes criterior para evaluar la compatibilidad con el art. 6 de un juicio en el que se admitió el testimonio como prueba a pesar de que no se dio al acusado la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo en cuestión: en primer lugar, debe asegurarse de que la ausencia del testigo durante el juicio se justificó por un motivo

[33] Vid. Jimena Quesada, L.: "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*", op. cit., pág. 183.

grave; a continuación, debe tratar de determinar si la condena del solicitante se basó exclusiva o decisivamente en el testimonio del testigo ausente; por último, debe determinar si existían suficientes elementos compensatorios, en particular garantías procesales sólidas, para contrarrestar las desventajas que se derivaron para la defensa de la admisión de tales pruebas y para garantizar la imparcialidad del procedimiento en su conjunto (STEDH de 7 de junio de 2018, asunto *Dimitrov y Momin c. Bulgaria).*

Posteriormente, en su Sentencia *Schatschaschwili c. Alemania* [GC], nº 9154/10, el Tribunal aclaró que, en general, es pertinente considerar los tres pasos anteriores en el orden definido anteriormente, aunque en un caso dado pueda ser apropiado considerar estos criterios en un orden diferente, en particular cuando uno de ellos resulte particularmente concluyente para determinar si el procedimiento ha sido justo o no. También especificó los elementos que debían tenerse en cuenta en el análisis de la tercera etapa antes mencionada, a saber: la forma en que el tribunal de primera instancia abordó el testimonio en cuestión, la administración de otras pruebas y su valor probatorio, y las medidas procesales adoptadas para compensar la imposibilidad de contrainterrogar directamente al testigo ausente en el juicio.

-El derecho a defenderse por sí mismo o mediante representación letrada

El derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado -de oficio en caso de ausencia de medios económicos- ha sido reiteradamente incluido por el Tribunal de Estrasburgo entre los elementos fundamentales del proceso equitativo o juicio justo (véase, por ejemplo, STEDH de 27 de noviembre de 2008, asunto *Salduz c. Turquía* [GC], nº 36391/02, apartado 51; STEDH de 23 de noviembre de 1993, asunto *Poitrimol c. Francia*, apartado 34; STEDH de 27 de enero de 2012, asunto *Stojkovic c. Francia y Bélgica*, nº 25303/08, apartado 49).

Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 6.3, c) CEDH no especifica las condiciones de ejercicio del derecho que consagra. Deja así a los Estados contratantes la elección de los medios apropiados para permitir a su sistema judicial garantizarlo, debiendo precisar las condiciones de ejercicio de este derecho con arreglo a su sistema judicial. Corresponderá al TEDH determinar en el caso concreto si los mecanismos dispuestos en el ordenamiento interno son conformes con las exigencias del derecho a un proceso equitativo, examinando por lo tanto las posibles quejas desde la perspectiva de estas dos disposiciones combinadas –art. 6.3, c) en relación con art. 6.1 CEDH- (STEDH de 27 de enero de 2012, asunto *Stojkovic c. Francia y Bélgica*, nº 25303/08, apartado 49, que recuerda también las SSTEDH asunto *Imbroscia c. Suiza*, apartado 38; asunto *Artico c. Italia*, apartado 33; asunto *Krombach c. Francia*, nº 29731/96, apartado 82, entre otras). En este sentido, no se debe olvidar que la Convención pretende "proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos" y que el nombramiento de un abogado no garantiza por sí

sólo la eficacia de la asistencia que pueda procurar al acusado (STEDH de 27 de noviembre de 2008, asunto *Salduz c. Turquía* [GC], nº 36391/02, apartado 51; STEDH de 24 de noviembre de 1993, asunto *Imbrioscia c. Suiza*).

El derecho de acceso a un abogado puede ser sometido a restricciones, como ha declarado el Tribunal de Derechos Humanos (STEDH de 6 de junio de 2000, asunto *Magee c. Reino Unido*, nº 28135/95, apartado 44; STEDH de 16 de octubre de 2001, asunto *Brennan c. Reino Unido*, nº 39846/98, apartado 45), de forma excepcional y cuando existan imperiosas razones justificadas y no priven al acusado o demandado de las garantías de un proceso equitativo (STEDH de 27 de enero de 2012, asunto *Stojkovic c. Francia y Bélgica*, nº 25303/08, apartado 50).

El derecho a ser asistido por un abogado de oficio se concibe por el Tribunal de Estrasburgo como requisito de un sistema judicial democrático y como un elemento inherente a la dignidad personal (STEDH de 23 de noviembre de 1983, asunto *Van der Mussele c. Bélgica*). Con apoyo en la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Constitucional (STC nº 95/2003, de 22 de mayo de 2003) declaró inconstitucional la ley española de asistencia jurídica gratuita de 1996, que reconocía a los extranjeros en situación irregular ese carácter gratuito de la justicia solamente en asuntos penales o en materia de asilo, con exclusión de todos los demás asuntos (por ejemplo, procedimientos de expulsión)[34].

-El derecho a ser asistido por un ínterprete

El último apartado del art. 6.3,e) de la CEDH establece el derecho "a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia". A través de sus pronunciamientos, el TEDH ha ido delimitando el contenido esencial de este derecho[35], que implica el derecho a un intérprete para todas las declaraciones orales y la traducción e interpretación de todos los documentos esenciales del proceso (todo el expediente procesal), de tal manera que la persona pueda conocer claramente las imputaciones que se le hacen y sus derechos procesales y pueda articular su defensa y participar de manera efectiva en el proceso.

Sobre la violación del derecho a la traducción de los documentos esenciales del proceso se pronuncia la STEDH asunto *Brozicek c. Italia* y STEDH de 28 de noviembre de 1978, asunto *Luedicke, Belkacem y Koç c. Alemania*, nº 6210/73, 6877/75 y 7132/75. El Estado debe proporcionar dicha traducción e interpretación de forma gratuita, como ha precisado el TEDH (entre otras, en SSTEDH de 28 de noviembre de 1978, asunto *Luedicke, Belkacem y Koç c. Alemania*, nº 6210/73, 6877/75 y 7132/75, apartados 46 y sigs.; asunto *Kamasinski c. Austria*; STEDH de 18 de octubre de 2006, asunto *Hermi c. Italia*, nº 18114/02, apartado 69.

[34] Vid. Jimena Quesada, L.: "El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*", op.cit., pág. 184.

[35] Vid. Garrido Castillo, F.J. y Faggiani, V.: "La armonización de los derechos procesales en la UE", en *RGDC*, nº 16, abril 2013, págs. 1-40

EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DEL TRABAJADOR EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ¿DIÁLOGO O CONFLICTO CON LA JURISPRUDENCIA NACIONAL?

Cristóbal Molina Navarrete
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

"(…) tengo la impresión de que existe, y he intentado mostrarlo, una perpetua articulación del poder sobre el saber y del saber sobre el poder. No basta decir que el poder tiene necesidad de este o aquel descubrimiento, de esta o aquella forma de saber, sino que ejercer el poder crea objetos de saber, los hace emerger, acumula informaciones, las utiliza. (…). El ejercicio del poder crea perpetuamente saber e, inversamente, el saber conlleva efectos de poder"

M. FOUCAULT. "Entrevista sobre la prisión: El libro y su método", en Microfísica del Poder. ed. La Piqueta. Madrid.1980, p. 99.

EXTRACTO **Palabras Clave**: privacidad del trabajador, control tecnológico empresarial, ciudadanía digital

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha experimentado una notable evolución en su jurisprudencia sobre la protección de la vida privada del trabajador en la empresa, dotándolo de un sentido social expansivo. La doctrina constitucional y la jurisprudencia social españolas mantienen, sin embargo, una posición más favorable a la defensa del poder de control tecnológico empresarial. Consecuentemente, asistimos a un evidente conflicto entre estos diferentes niveles jurisdiccionales que requiere corrección, si bien el Tribunal Supremo español parece resistirse a ello. El resultado es una extrema desazón interpretativa y una extremada inseguridad jurídica. El legislador español parece que, esta vez sí, pronto tomará cartas en el asunto convirtiendo en palabra de ley la palabra del TEDH

ABSTRACT **Key Words**: worker privacy, business technology control, European Court of Human Rights, digital citizenship

The European Court of Human Rights (ECHR) offers a remarkable evolution in its legal cases on the protection of the worker's privacy, giving it an expansive social meaning. However, the Spanish constitutional doctrine and social jurisprudence maintain a more favorable position to defend the power of corporate technological control. Consequently, we are witnessing an evident conflict between these different jurisdictional levels. This judicial tension creates legal loopholes and contradictions, which require correction. However, the Spanish Supreme Court seems to resist rectification. The result is extreme interpretative distress and extreme legal uncertainty. The Spanish legislator seems that, this time, he will soon take up the matter by converting the word of the ECHR into a word of law.

 Recepción de original: 05.09.2018. Aceptación: 20.10.2018

ÍNDICE

1. Introducción: cedh, una ley "rudimentaria", tedh, una jurisprudencia abanderada
2. El "método (judicial) ensayo y error?": Un escenario complejo e incierto en espera de norma específica
3. Evolución jurisprudencial del tedh: apertura hacia la dimensión social de la privacidad en el trabajo
3.1. Planteamiento general: dinamismo y carácter expansivo de la protección de la privacidad del trabajador por TEDH
3.2. Una historia de garantías en 7 hitos: breve recorrido por las sentencias del TEDH en materia de protección de la vida privada de los trabajadores
4. Impacto de la evolución del tedh en la jurisprudencia nacional: de la "involución" a la "incertidumbre"
4.1. La función jurisprudencial de suplencia legislativa en la fijación de límites al poder de control empresarial: del estancamiento a la involución
4.2. Neutralización teórica nacional del plus de protección práctico europeo: el persistente contrastes entre la doctrina judicial y la jurisprudencial
5. Impacto del tedh en el legislador proyectado: la carta de "ciudadanía laboral digital responsable"
6. Lecturas sociales "indirectas" de la jurisprudencia civil del tedh sobre privacidad
7. Epitome: en busca -permanente- del justo equilibrio

1. INTRODUCCIÓN: CEDH, UNA LEY "RUDIMENTARIA", TEDH, UNA JURISPRUDENCIA ABANDERADA

Que nuestro tiempo atestigua una época de notables cambios político-normativos en el ámbito de la protección de la privacidad de las personas, fuera y dentro de su trabajo, es un tópico jurídico o lugar común hoy, fuertemente marcado por la creciente y desbordante "huella digital" de la ciudadanía de nuestros días, al menos en los países desarrollados. En el ámbito de la Unión Europea, bastaría para confirmarlo el impacto innovador, en parte real y en parte (más bien) pretendido, de la reciente entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos -RGPD-). Su artículo 88 reclama la atención sobre la necesidad, no ya sólo la conveniencia, de que esa renovación legal general implique un imponente desarrollo especifico, legislativo y convencional, en el ámbito de las relaciones de trabajo para cada Estado miembro. Naturalmente, si reclama este

movimiento regulador específico socio-laboral es porque, a día de hoy, no puede verificarse en la práctica totalidad de los sistemas y experiencias europeos[1].

Sobre esos desarrollos de modernización legislativa, acorde con las mutaciones de la realidad de las relaciones comunicativas personales y sociales, e incluso antes, a través incluso de la solidificación de diversos y específicos derechos fundamentales civiles (de libertad), como el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -CDFUE-) y el derecho a la protección de datos personales (art. 8 CDFUE), el TJUE, máximo órgano de garantías judiciales de la UE, ha podido desplegar una importante actividad protectora. Puesto que no es el objeto específico de nuestro artículo, bastará con reseñar aquí sólo algunas, para ilustrar el fuerte protagonismo jurisprudencial en la protección de la privacidad de las personas en el actual entorno de transformación tecnológica (especialmente digital). Por ejemplo, la que sin duda es la sentencia del TJUE más conocida de los últimos años, la sentencia *Google Spain (2014),* relativa al "derecho al olvido en Internet", cuya novedad fue relativizada por el TJUE, frente al Abogado General, al entender que no precisaba un desarrollo legal para comprenderlo en las garantías del art. 8 CDFUE.

Algunas de sus afirmaciones son muy relevantes para comprender donde radican los nuevos riesgos para la privacidad de las personas en la era digital. Esos peligros no estarían ya sólo, ni tanto, en el "conocimiento" de datos que afectan a lo más persona de nuestras vidas, pues nosotros mismos los "exhibimos" a menudo, sino más bien en la capacidad que tienen los actuales dispositivos digitales (motores de búsqueda) para la "organización y…agregación de la información publicada en Internet". A partir de esa reconstrucción cumulativa crearía "*una visión estructurada de la información relativa a esta persona* que puede hallarse en Internet que les permita establecer *un perfil* más o menos detallado del interesado» (apartados 37 y 38). Por eso, incluso «…un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron». Una vez más, pues, emerge la trascendencia del "*fin*" (*V. Ihering)* para el juicio de valoración de la licitud jurídica de las conductas.

Así lo habría asumido también recientemente, respecto de ese mismo derecho (hoy art. 17 RGPD), la STCO 58/2018, 4 de junio, que declara vulnerados el derecho al honor e intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de sus datos personales (art. 18.4 CE), por el uso de nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en una hemeroteca digital, revocando parcialmente el pronunciamiento contrario de la Sala 3ª del TS. Ahora bien, sí realiza un análisis muy minucioso y ponderado respecto del juicio de proporcionalidad, matizando y

[1] Por todos, vid. Miñarro Yanini, M. "*La «Carta de derechos digitales» para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés*", RTSS-CEF, n. 424, julio 2018.

precisando el alcance de su decisión, porque "…a la hora de valorar el sacrificio requerido a la libertad de información…, para asegurar el disfrute adecuado del derecho a la intimidad…en conexión con el derecho a la autodeterminación informativa… es necesario recordar la importancia de las hemerotecas digitales en el contexto de las actuales sociedades de la información".

La evolución cultural y el cambio de la realidad tienen una gran incidencia en ese juicio, que ha de ser muy ponderado por estar en juego otros derechos y libertades fundamentales. Actividades tan cotidianas otrora como la "predicación puerta a puerta", que hacen determinadas comunidades religiosas y que se ampararían en otras libertades fundamentales (de conciencia y religión, por ej., ex art. 10 CDFUE), también quedan sometidas a las normas de protección de datos personales (STJUE de 10 de julio de 2018, asunto C–25/17, que cita jurisprudencia del TEDH sobre la libertad religiosa), evidenciando su "voracidad" o predominio. Entroncarían de esta forma la precedente doctrina (STJCE 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist,* C-101/01) con la nueva

Justamente, esta jurisprudencia está trufada, desde sus orígenes, de la necesidad de contemperar la protección de la vida privada de las personas en general, y de sus datos en particular, sobre todo en los nuevos escenarios de la transformación digital, con la propia vida efectiva de los demás derechos y libertades fundamentales en juego, personales y de índole económica (libertad de circulación de datos), preconizando una solución típica de "*justo equilibrio entre los derechos e intereses en juego*, incluidos los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico comunitario» (apartado 90). En el caso concreto, el TJCE entonces, como el TCO ahora, centrará la decisión en:

«…ponderar, por una parte, la libertad de expresión de la Sra. Lindqvist en el marco de su trabajo como catequista, así como la libertad de ejercer actividades que contribuyen a la vida religiosa y, por otra parte, la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos incluyó la *Sra. Lindqvist* en su sitio Internet» (STJCE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, apartado 86).

Pero el objeto de este estudio no es ni el Derecho de la UE en materia de tutela de la privacidad en general, y de los datos personales en particular, ni el papel del TJUE en el progreso de esa protección, a luz de las nuevas realidades y normas. Aquí nos centraremos en el análisis de la influencia que, para la protección de una esfera de vida privada efectiva de la persona en el seno de las relaciones de trabajo, está teniendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como órgano máximo de garantías jurisdiccionales del Derecho del Consejo de Europa, muy en particular de esa "carta europea de derechos humanos civiles" tan relevante como es el "viejo" (1950) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo, ni CEDH especifica la protección para los datos personales (su artículo 8 se limita a reconocer y garantizar el derecho genérico y en su versión más clásica), ni la evolución posterior del Derecho

del Consejo de Europa en materia ha sido tan intensa jurídicamente como la de la UE, sin desmerecer una norma tan influyente -también en el Derecho de la UE- como el Convenio 108 de protección de datos (1981) -se ratificó por España en 1985- (20 años después se firmó su Protocolo Adicional relativo a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, 2001). Ahora bien, a diferencia de la UE, el Consejo de Europa prefirió una senda de progreso mediante "recomendaciones sectoriales", por tanto, sin fuerza jurídica vinculante, y para aspectos específicos, cierto, incluyendo el entorno laboral (*Recomendación r*elativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral de 2015, que sustituye a la precedente de 1989).

Superando plenamente estas carencias, deficiencias e imprecisiones normativas, tanto de su fuente "constitucional" originaria como de sus posteriores desarrollos, no hay ninguna duda sobre la absoluta "autoridad de liderazgo europeo" del TEDH en materia de protección del derecho a la vida privada, incluyendo específicamente una importante zona de reserva o garantía de la misma en la esfera laboral ex art. 8 CEDH. Tanto el TJUE como los Tribunales Constitucionales nacionales (para el caso español la sentencia que se acaba de citar es un claro ejemplo) reconocen esa preeminencia, con constantes remisiones a la norma convencional europea y a la jurisprudencia del TEDH. La garantía del derecho genérico al respeto de la privacidad de la persona -así como a la correspondencia (objeto de estudio específico en este monográfico)- habría bastado no ya sólo para convertir la jurisprudencia del TEDH en abanderada de la evolución en un sentido expansivo de aquél derecho, sino para integrar plenamente en su contenido una significativa tutela, teórica y práctica, del derecho a la protección de datos personales. También en virtud de la influencia del referido Convenio n. 108 del Consejo de Europa, el TJEU habría hecho de la protección de los datos personales un ariete fundamental para progresar en la efectividad práctica del ejercicio del derecho humano al respeto de la vida privada en todas las facetas de la vida de una sociedad democrática (artículo 8 CEDH), incluida la laboral, dotándolo en este ámbito de obligaciones positivas (deberes de hacer), tanto a cargo de los Estados como de los propios particulares, no sólo de obligaciones negativas (deberes de respeto)

En definitiva, no ha necesitado el TEDH de profundos desarrollos legislativos en el seno del Consejo de Europa para llevar más lejos que ningún otro nivel jurisdiccional europeo la protección de la vida privada, sino que le ha bastado la integración de esas evoluciones (internacionales y nacionales) en su más clásica jurisprudencia sobre conceptos y principios generales: expectativas razonables de intimidad; deberes de trasparencia en el ejercicio de los poderes de investigación -también digital-; juicio de proporcionalidad o principio de justo equilibrio[2].

[2] Vid. STEDH, de 16 de julio de 2013, Wegrzynowski y Smolczewski c. Polonia (recurso 33846/07). En la misma línea, la STJCE (Gran Sala), 16 de diciembre de 2008, (C-73/07), donde protege especialmente la actividad periodística, garantía de la sociedad democrática.

Como es lógico, lo que esta técnica jurídica gana en apertura a la innovación en virtud de los cambios de la realidad y de las pautas axiológico-culturales lo perdería en certidumbre y previsibilidad sobre las decisiones de los crecientes casos planteados. Así lo prueban ciertos "vaivenes" (ek- caso Barbulescu I v. II) y la proliferación de votos particulares (ej. Caso López Ribalta)

Precisamente, y situados en un *sistema multinivel de protección europea del derecho a la vida privada de los trabajadores*, en cuanto personas y ciudadanos, resulta de todo punto llamativo desvelar una profunda contradicción en el mismo. Mientras que existe una significa convergencia en el nivel de protección de este derecho en el plano normativo y entre jurisprudencias de la máxima autoridad europeas, utilizándose de forma recíproca para perfeccionar, al hilo del cambio real y normativo, el efecto útil o la efectividad de la tutela del derecho, hallamos un fuerte contraste entre la jurisprudencia del TEDH y los niveles jurisdiccionales máximos nacionales a la hora de delimitar, de una forma concreta y práctica, no general y abstracta, el sentido y los límites de aquel derecho. En otros términos, si cabe constatar un fértil diálogo entre las jurisprudencias de ambos niveles máximos de jurisdicción europea relativa a la protección del derecho a la vida privada, este estado dialógico y armónico del arte jurisprudencial europeo muta en conflicto agudo con los niveles nacionales de máxima autoridad -y en plena sintonía, en cambio, con los votos particulares de esa posición nacional mayoritaria-[3].

Paradójicamente, mientras que el TC y, sobre todo, el TS (ej. STS, 4ª, 119/20188 de febrero) tratan de relativizar ese contraste, sobre la base de una comparación sólo formalista o puramente instrumental abstracta, los niveles inferiores del orden social de la jurisdicción, juzgados y salas de suplicación, tienden a evidenciar que sí existe ese contraste y optan por dar preferencia, en virtud del art. 96 CE, a la posición del TEDH. No obstante, para añadir mayor complejidad y también incertidumbre al panorama, ya de por sí confuso e inestable, procuran en sus decisiones que la interpretación no resulte extremadamente disruptiva entre unos niveles (europeo) y otros (nacional supremo y nacional constitucional), buscando un, difícil, equilibrio, que suele saldarse, a diferencia de lo que es más frecuente en el nivel de la jurisdicción suprema, con el reconocimiento de protección a la vida privada, incluso con una componente "social", del trabajador y, por lo tanto, en detrimento del poder de control empresarial -aunque resulte justificado, pero no proporcionado-. En consecuencia, resultar de gran interés hoy, en espera de futuros y proyectados desarrollos legislativos, realizar un análisis actual de estas situaciones de diálogo y conflicto entre la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de la vida privada del trabajador en sus relaciones con la empresa y los más diversos niveles de la justicia nacional al respecto, tanto ordinaria como constitucional.

[3] Vid. Casas Baamonde, M.E. "*Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital?...*". Editorial Derecho de las Relaciones Laborales, n. 2/2018, pp. 103-121.

2. EL "MÉTODO (JUDICIAL) ENSAYO Y ERROR?": UN ESCENARIO COMPLEJO E INCIERTO EN ESPERA DE NORMA ESPECÍFICA.

El contraste entre la acelerada transformación de la realidad y la lenta adaptación legislativa es otro tópico jurídico, especialmente cierto en relación a la regulación de la protección de la vida privada de las personas en una sociedad dada a la "información" y a la "trasparencia" (*Byung-Chul Han*[4]*),* así como al "exhibicionismo" (U. Ecco), en la que más que tener cuenta "aparecer". Aunque el referido RGPD comunitario pretende recuperar una cierta armonización, por razones ambivalentes, esto es, optimizando las razones de protección de la privacidad (alma humana) y las de promoción del flujos de datos en un mercado interior, a fin de no perjudicar uno de los nuevos negocios de mayor rentabilidad del presente y del futuro inmediato (alma económica), sus limitaciones, tanto generales como sectoriales, siguen siendo manifiestas, más aún en el ámbito de las relaciones de trabajo, donde, como se dijo, la regulación específica y de equilibrio nacionales -legislativa y convencional- ha sido anunciada, incluso promovida, pero sigue en espera. El problema se agrava porque a más crece la rentabilidad de esta línea de negocio (la información personal procesada digitalmente -Big data- todavía se produce a coste 0 de la "materia prima" con un exponencial margen de beneficio), más riesgos de usos desviados, intensificando los flujos sin autorización real (consentimiento libremente informado ex art. 9 RGPD).

Si tanto el "exhibicionismo voluntario de datos personales" como el tratamiento informatizado de los mismos genera un "saber" sobre las personas que otorga un mayor "poder" de adoptar decisiones (ej. "*micro-targeting mercadotécnico"* o uso de los datos de un consumidor potencial para influir en sus decisiones), tal reforzamiento digital conllevará la mayor vulnerabilidad para las personas sometidas a él, particularmente de los trabajadores, por ser "sujetos de disciplina". La vigilancia digital permite adelantarse a los actos de las personas "señaladas", permite "dominarlas", no ya sólo controlarlas. De ahí que junto al discurso sobre sus "oportunidades de mejora", tienda a imponerse, el de los "usos de riesgo" para la privacidad de las personas (también para su salud), esto es, "usos tóxicos" del creciente "rastro digital" que creamos, por nuestra decisión y/o a través de dispositivos digitales que otros utilizan para recabar información plena.

La actualidad está salpicada de escándalos que se asocian con la violación de la privacidad en virtud de los nuevos "dispositivos de saber-poder tecnológico" (propios de una era panóptica digital). El problema no sería tanto, o no sería sólo, el flujo de información que permiten, sino más bien sus "usos cumulativos" y

[4] Vid. Byung-CHul, Han. *La sociedad de la transparencia*. Barcelona, Herder Editorial, 2013. Una breve crítica de su obra en Adolfo Vásquez Rocca. https://rinabrundu.com/2015/12/15/byung-chul-han-la-sociedad-de-la-transparencia-psicopolitica-neoliberal-exitismo-patologico-y-cansancio-en-el-enjambre/#_ftn8

"retrospectivos", pues además de recrear un perfil personal total, como se decía, permite guardarlo mucho tiempo lo que, en sí mismo, es un grave riesgo para la privacidad, porque se acumulan y permanecen invisibles hasta que emergen con una virulencia social difícil de frenar. En consecuencia, el nuevo contexto de la empresa digital y sus desarrollos vertiginosos están replanteando el alcance y límites recíprocos entre los derechos fundamentales de la persona[5], no sólo el respeto de la privacidad, aquí objeto de análisis, y las mejoras de eficiencia (también de disciplina) de los poderes, públicos y privados, por supuesto también empresariales (de gestión y de control) que el saber digital crea. Al respecto, conviene tener bien presente que no solo se trata de adelantos tecnológicos sino de situaciones de poder que plantean nuevas relaciones sociales y contractuales, por lo que su afrontamiento "gota a gota", "caso a caso", y del método "ensayo-error", dificulta de forma notable su gobierno, de ahí la recurrente llamada a políticas de uso socialmente razonable de estos dispositivos en las empresas, a poder ser negociados.

Al igual que los Gobiernos (unos más abiertamente que otros), están creando un tipo de sistema de control total de sus ciudadanos (se registra, califica y valora cada una de las acciones de sus ciudadanos -súbditos-), a través de "listas de crédito-reputación social" (el ejemplo más claro es el sistema "bonus-malus" social del Gobierno chino[6]), las empresas tienden a un tipo de "saber-poder" análogo, para mejorar tanto su control (vigilar mejor para castigar más eficazmente) como sus rendimientos (mejorar tanto sus capacidades -productividad- como su disponibilidad -compromiso-). Si el "Big Brother" (Gran Hermano) de Orwell y el Panóptico de Bentham describían un control físico de la población de este tipo (sujeción a una serie de normas y vigilancia de todo lo visible), se quedaba extramuros el "pensamiento", el "panóptico digital" es una forma de control más eficiente porque apenas tiene ángulos muertos, alcanzar la psique, de modo que "*trabajando con las emociones (compromiso psicológico) influye en las acciones*"[7]

Por eso, en la era digital, la garantía de efectividad de la vida privada de las personas en general, y de los trabajadores en particular, no sería sólo un derecho fundamental de la personalidad (vertiente individual), sino que constituiría, al tiempo, una misión pública necesaria para garantizar una sociedad realmente

[5] Vid. Tascón López, R. "*Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores*". RTSS-CEF, n. 415, octubre 2017, pp. 53 y ss.

[6] Vid. Veliz, Carissa, https://elpais.com/tecnologia/2018/04/06/actualidad/1523030681_007734.html.

[7] Vid. Byung-Chul, Han. *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, Herder Editorial, 2014, p. 86. Sigue así una línea propia de la "microfísica del poder" propia de M. Foucault, si bien trata de dar por superada su "sociedad disciplinaria" por otra "sociedad del rendimiento", donde el control sería mayor por la aceptación subjetiva de la dominación. Para la centralidad del debate saber-poder vid. Foucault, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Editorial Siglo XXI. Madrid, 2008

libre y democrática (vertiente general o colectiva). Una dimensión general que, como ningún otro Tribunal, ha comprendido, y practicado, el TEDH, para el que, en coherencia con la previsión del art. 8.2 CEDH[8], el respeto a la privacidad *no sólo tiene una dimensión social*, que luego analizaremos en detalle en su garantía laboral, *sino que constituiría un imperativo general (común) de democracia y de libertad*. Como veremos, esta construcción teórica del derecho fundamental no es baladí para el juego práctico de sus límites en el ámbito laboral, desde el momento en que permite reforzar platillo de la balanza propio del trabajador inclinando el fiel a su favor por estar en juego "bienes comunales" o "colectivos", no sólo particulares, salvo que haya un interés muy preciso del empleador y el sacrificio que exija del derecho del trabajador sea el menor posible: "*El mito de que la privacidad es un lujo reservado a pudorosos es falso. Quien salvaguarda su privacidad no está anteponiendo su interés personal de manera egoísta, sino que está protegiendo el bien común: la seguridad de todos y la democracia*"[9]

Esta protección de valores democráticos, especialmente puestos en riesgo por el poder tecnológico, lleva al TEDH a colocar a la persona en el centro de imputación de normas de garantía, no el poder público -sujeto principal de obligaciones (negativas y positivas)-, ni a la empresa, por ser el núcleo duro de una "Constitución (material o axiológica) civil Europea". Sin necesidad de identificar en el art. 8 CEDH un genuino derecho de protección de datos, hace del derecho genérico a la vida privada no sólo un bastión blindado al conocimiento ajeno (vertiente negativa) sino también una fuente de poder de gobernar los usos de las informaciones que le conciernan (vertiente positiva). De ahí que lo transforme en un valor central de la "libertad ciudadana informada" en la sociedad de la comunicación, exigiendo o *consentimiento* o *información previa útil*.

A falta de una "carta de derechos civiles de ciudadanía digital", el TEDH hace del art. 8 CEDH no sólo una fuente de límites al "poder-saber tecnológico" -de sujetos públicos y de sujetos privados, en particular empleadores-, sino una fuente integradora de obligaciones a cargo de los mismos, en aras de un "saber-contrapoder informativo" también para las personas, a nuestros efectos para los trabajadores. Con carácter general, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, sintetiza la doctrina del TEDH en torno a la extensión y límites de esta faceta del derecho a la vida privada de la persona como un poder autónomo de decisión sobre los datos que le conciernen, no sólo del nivel de conocimiento de esas esferas de vida propia, sino de los flujos de la información disponible sobre ella

[8] Recuérdese que se dijo que el TEDH (14 de febrero de 2008) y el TJUE (5 de octubre de 2010) asumen un contenido equivalente entre el art. 8 CEDH y el art. 7 CDFUE.

[9] Un sugerente análisis desde esta visión más institucional y colectiva en la citada Carissa VELIZ. "*Tus datos son tóxicos*". https://elpais.com/tecnologia/2018/04/06/actualidad/1523030681_007734.html. Pero, sin ninguna duda, quien mejor ha fundamentado jurídico-filosóficamente esta dimensión institucional y política del derecho a la vida privada, en su moderna dimensión de protección de datos, es Rodotà, S. *Democracia y protección de datos*. Cuadernos de derecho público, Nº 19-20, 2003

y de los usos que, por lo tanto, puedan hacerse de ella (derecho de control sobre datos referidos a la persona que, habiendo ya salido de la esfera de la intimidad, se convierten en piezas de un archivo -electrónico o no-). Por lo tanto, se pone en evidencia la estrecha conexión entre la protección de datos y el respeto a la vida privada, cubriendo la laguna del CEDH en esta materia, confirmando el rigor de la serie de límites al poder potencialmente invasivo de la vida privada[10]:

a) los límites deben estar establecidos por ley

b) que esta ley sea accesible a la persona concernida y resulten previsibles sus consecuencias (trasparencia). No podrá regularlos de forma vaga o imprecisa).

c) resulten indispensables en una sociedad democrática para el logro de fines de esta naturaleza, respetando las condiciones del juicio de proporcionalidad útil

De ahí que sea notablemente apreciable la evolución desde un tiempo analógico o pre-digital al tiempo informático y, hoy, al digital propiamente, por lo que la inquietud por proteger la vida privada de las personas frente a los riesgos creados por cada nuevo dispositivo tecnológico tiene una notable presencia en la jurisprudencia del TEDH, que ha ido adaptándose progresivamente a esos requerimientos. Cierto, con dificultades.

En efecto, los "dispositivos tecnológicos" y los límites de sus usos no siempre son, más cuando falta una legislación específica -incluso cuando no está ausente la ley-, adecuadamente entendidos por los Tribunales. De ahí, que resulte una genuina máxima de experiencia, registrable, en una mayor o menor medida, en todas las experiencias jurídicas occidentales (de especial interés comparativo el caso norteamericano -el TS de EEUU asienta también su jurisprudencia sobre el concepto de "expectativa legitima de privacidad del ciudadano"), el progreso no lineal, sino de decantación gradual y sentido equívoco, con notables rectificaciones y la perpetuación de zonas de sombra[11]. En suma, el protagonismo jurisprudencial en esta materia, que siempre se resuelve en un juicio ponderativo, medie o no legislación adaptada, más activista o menos según sí exista o no aquélla regulación (legal o convencional, para el caso laboral), resulta inexorable, pero tiene sus costes, en términos de complejidad e incertidumbre (imprevisibilidad).

[10] En esta visión expansiva del derecho (garantía de efectividad) y restrictiva del límite (mínimo sacrificio) coincide con la jurisprudencia comunitaria: STJUE 11 de diciembre de 2014, sentencia Ryneš, C-212/13, Apartado 28. En esta misma lógica convergente entre el TJUE y el TEDH, desde el primado de éste, el TJUE mantiene un concepto de vida privada en sentido amplio: «es irrelevante el hecho de que los datos publicados se refieran a actividades profesionales» (STJUE, Gran Sala, 9 de noviembre de 2010, C-92/09 y C-93/09, Apartado 59). Una necesidad de ponderación ajustada y concreta, no abstracta, primando el derecho individual sobre intereses de alcance general, que también está en la STJUE, Gran Sala, de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12: «…antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones están obligadas a poner en la balanza, por una parte, *el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus acciones* y, por otra, la lesión *de los derechos reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta*. Ahora bien, no cabe atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal […] *ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes*» (apartado 85).

[11] Vid. Ordoñez Solís, D. *La protección de los derechos fundamentales en Internet en la jurisprudencia europea*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

Los Tribunales suelen ser conscientes de esta dificultad, de ahí que anhelen una legislación que les alivie la decisión. Paradigmática la sentencia *Ontario v. Quon* (560 US, 17 de junio de 2010) del Tribunal Supremo estadounidense (requerido para resolver si se vulneró o no la privacidad de unos mensajes de texto descubiertos de modo fortuito por el Departamento municipal de policía cuando investigaba las razones de una elevada factura del servicio telefónico de sus agentes). La mayoría, expresada por el juez Kennedy, reflexionaba sobre las dificultades del reto:

"El Tribunal debe proceder con cuidado al considerar la totalidad del concepto de expectativas de privacidad en las comunicaciones realizadas a través de equipos electrónicos que pertenezcan al Gobierno en su calidad de empleador. El poder judicial se arriesga a cometer errores […] al elaborar una doctrina demasiado detallada de las implicaciones en la Cuarta Enmienda de la tecnología emergente antes de que su función en la sociedad se haya revelado con claridad"

No obstante, el voto concurrente del juez *A. Scalia* advierte:

«…aplicar la Cuarta Enmienda a las nuevas tecnologías puede ser en ocasiones difícil, aunque cuando es necesario decidir un caso no nos queda otra elección […] Que los tiempos están cambiando es una débil excusa para evadirnos de nuestro deber».

Prácticamente una década después, y por razones parcialmente coincidentes y otras específicas, como veremos, buena parte de los niveles inferiores de la jurisdicción social española tienen una misma percepción de complejidad e incertidumbre del estado del arte interpretativo en esta materia. Sin perjuicio del análisis más detenido que se hará en el lugar oportuno de este estudio, merece la pena traer a colación la percepción que tiene la sala de suplicación castellano-manchega, de la situación jurisprudencial actual sobre los límites de la facultad empresarial de control de la conducta de los trabajadores a través de sistemas tecnológicos (en el caso video vigilancia). A su juicio, "no existe una respuesta consolidada, probablemente debido a la escasa regulación legal en esta materia, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia y doctrina constitucional ciertamente vacilante, si no discordante a última hora". De ahí que señale un panorama especialmente "incierto" y llamado a "revisión" para armonizarse con la nueva doctrina del TEDH (STSJ C-LM, 25/2018, 12 de enero, Rec. 1416/2017).

Veamos brevemente cómo se ha llegado a esta incierta situación. Para ello, se analizará primero, de forma sintética, la evolución de la doctrina del TEDH, para, después, hacer lo propio con la doctrina del TC y la jurisprudencia nacional. Finalizaremos con un análisis de contraste entre los diversos niveles jurisdiccionales que intervienen en este sistema complejo de protección del derecho a la privacidad de los trabajadores frente a los poderes empresariales de control tecnológico (hoy cada vez más digital, pero no sólo), a fin de intentar ensayar una vía de salida más dialógica para tan conflictiva y disfuncional situación en una materia de tanta trascendencia social.

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TEDH: APERTURA HACIA LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA PRIVACIDAD EN EL TRABAJO

3.1. Planteamiento general: dinamismo y carácter expansivo de la protección de la privacidad del trabajador por TEDH

Históricamente, el TEDH ha venido defendiendo que la noción de "vida privada" es un "concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva", a fin de garantizar un espacio de reserva y autonomía personal frente a cualquier inferencia no consentida de terceros, públicos o privados. Consecuentemente, no puede reducirse ese concepto a la clásica idea de "intimidad" o "esfera íntima" (STEDH 16 de diciembre de 1992, asunto *Niemietz contra Alemania*), sino que tiene una moderna dimensión social:

"…considera que sería demasiado restrictivo limitar la noción de "vida privada" a un "círculo íntimo" en el que cada uno pueda vivir su vida personal como quiera y excluir completamente al mundo exterior de este círculo. Así, el artículo 8…incluye el derecho a realizar una "vida privada social", es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social. A este respecto, el mencionado derecho consagra la posibilidad de comunicarse con otros para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes…" (STEDH, Gran Sala, de 5 septiembre 2017, Barbulescu II, apartado 70)

Pues bien, una vez admitida, de forma relativamente temprana (1997), la protección de la vida privada del trabajador en el marco del art. 8 CEDH, supliendo la falta de tratamiento específico al respecto en gran parte de legislaciones nacionales[12], el TEDH también le hace partícipe de esa tradicional y constante vis expansiva. No cabe duda, pues, de esta evolución garantista del TEDH, de modo que ha venido ampliando progresivamente, no sin constantes discrepancias en su seno, el ámbito de protección jurídica de las personas trabajadoras. A tal fin, el TEDH acota no sólo un espacio de obligaciones negativas, de respeto o reserva (típica garantía "liberal") sino también de obligaciones positivas, de hacer ("garantía social").

Por supuesto, el TEDH no desconoce en modo alguno la especificidad de las relaciones de trabajo. Al contrario, asume que tiene características específicas que se deben tenerse en cuenta a la hora de hacer el juicio ponderativo, porque la relación entre una empresa y empleado sería una relación contractual integrada derechos y deberes "especiales" y caracterizada por "una relación de subordinación". De ahí que tenga "su propio sistema jurídico, que es claramente distinto del sistema general de relaciones entre individuos" (STEDH 12 de enero

[12] Como destaca la sentencia Barbulescu II: "únicamente Austria, Finlandia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido y Eslovaquia tratan la cuestión del ejercicio de la vida privada en el lugar de trabajo de una manera explícita, ya sea como parte de la legislación laboral, ya sea mediante leyes especiales" (ap. 52)

de 2017, *Saumier c. Francia*, reclamación núm. 74734/14, ap. 60). El TEDH, en línea con el RGPD comunitario, acepta que, desde un punto de vista normativo, la legislación laboral cuente con mayor margen para la "negociación contractual" al ahora de fijar el contenido de sus relaciones, asumiendo la legitimidad de ciertos controles empresariales que, fuera de la relación laboral, requiere autorización judicial. Habría que recordar su interesante doctrina sobre la legitimidad de los controles de detección de consumos de drogas en las empresas, como una central nuclear (*STEDH 9 de marzo de 2004, Wretlund c. Suecia, reclamación 46210/99*)

Desde esta perspectiva de mayor flexibilidad del tratamiento de la privacidad en el ámbito de las relaciones de trabajo, y constatando una política legislativa del Derecho del Trabajo mayoritariamente abstencionista en torno a proveer de reglas específicas, así como la inexistencia de un marcado consenso en torno a las soluciones, el TEDH otorga "un amplio margen de discrecionalidad para valorar la necesidad de adoptar un marco jurídico que establezca las condiciones en las que una empresa puede adoptar una política que regule las comunicaciones no profesionales, electrónicas u otro, de sus empleados en su lugar de trabajo" (sentencia Barbulescu II, apartado 118). Pero, claro está, libertad reguladora y flexibilidad decisoria no puede significar ni arbitrariedad ni abuso, por lo que, cualquiera que sea la concreción legislativa de las relaciones entre el derecho a la vida privada del trabajador y el poder de control empresarial, siempre se ha de garantizar que aquel derecho no resulte indebidamente sacrificado. Por lo tanto, siendo el TEDH igualmente consciente, como el TS norteamericano en el caso referido ut supra, "de que la situación está cambiando rápidamente en este ámbito" (sentencia Barbulescu II, apartado 120), concluye que "*la garantía proporcionalidad es elemento esencial*" para determinar la legitimidad del ejercicio del poder empresarial y el "justo equilibrio entre los intereses divergentes en juego".

En el platillo del empleador, el TEDH viene reconociendo que la empresa tiene "un interés legítimo en garantizar el buen funcionamiento de la empresa". Y para ello, ningún inconveniente debe haber para que el empleador aproveche las mejoras propias de los avances tecnológicos para crear dispositivos que "garanticen que sus empleados desempeñen sus funciones profesionales de manera adecuada y con la celeridad requerida". En el platillo del trabajador, el TEDH insistirá en que el carácter laboral de la relación no puede hacer perder la esfera de protección razonable que aseguraría a toda persona el art. 8 CEDH. De ahí que, por una parte, haya acuñado el concepto de derecho al respeto de la "vida social privada" de la persona -por lo tanto también del trabajador-. Y, de otra, haya considerado insuficiente para validar el actuar empresarial de control con su "deber de trasparencia", esto es, de información específica de la actividad a desarrollar en el control y sus finalidades concretas a fin de delimitar el espacio de la "expectativa legítima de privacidad". Aunque, como veremos con algún detalle ut supra, el TEDH recuerda que la expectativa razonable de protección de

la privacidad es "*un criterio importante" (una condición necesaria), aunque "no necesariamente decisivo*" (una condición suficiente) (STEDH 5 de octubre de 2010, Köpke c. Alemania).

En efecto, para el TEDH "las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo" (sentencia Barbulescu II, ap. 80). Consecuentemente, ahora introduciría, de un lado, una prohibición de reducción absoluta de esa dimensión social de la vida privada en el seno de la relación de trabajo (ilegitimidad de la precedente opción empresarial de excluir todo uso no profesional de dispositivos propiedad de la empresa). De otro, un juicio de proporcionalidad mucho más concreto y útil para la vida práctica del derecho en la empresa, fundamental para hacer creíble el justo equilibrio, sin perjuicio de reforzar igualmente los típicos juicios previos de justificación (existencia de un fin legalmente previsto) y de trasparencia informativa, clave para hacer efectivo el principio de confianza (buena fe) relacional[13].

3.2. Una historia de garantías en 7 hitos: breve recorrido por las sentencias del TEDH en materia de protección de la vida privada de los trabajadores

Aunque ciertamente no son las únicas relevantes, sí que podría resumirse bien la historia de la jurisprudencia del TEDH en relación a la protección de la vida privada del trabajador, y su evolución garantista, no sin fuertes tensiones en su interior, en 7 hitos, en 7 "precedentes" o "casos jurisprudenciales" que permiten conocer de forma precisa cómo ha ido fijando aquélla doctrina protectora en prácticamente en dos décadas. Así:

1ª) Caso Halford c. Reino Unido (25 de junio de 1997): *el deber de información previa sobre la política de uso de los dispositivos electrónicos como presupuesto de la expectativa razonable de tutela de la privacidad.*

Es el primer precedente referencial en la construcción originaria del juego de la privacidad del trabajador en el seno de la relación de prestación de servicios, eje sobre el que luego vertebrará toda la jurisprudencia nacional en la materia (cuatrienio 2007-2011). En ella se recoge toda la jurisprudencia general previa del TEDH, proyectándola al ámbito profesional, con lo que, al igual que el TS norteamericano, pondrá el acento en la protección de la esfera de la persona, no del lugar en el que se desenvuelve. La persona debe hallar protección de su identidad social, forjada a través del desarrollo de las distintas relaciones con otros, destacando la laboral, pues en ellas se juegan muchas oportunidades para fortalecer sus lazos con el mundo exterior (*caso Niemietz,* ap. 29).

[13] El TEDH ha efectuado una síntesis de las resoluciones judiciales emitidas respecto de la cuestión relativa a la vida privada de los trabajadores en la prestación de servicios. Vid. ECHR. "*Surveillance atworkplace*". https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Workplace_surveillance_ENG.pdf

En este caso, y dada la fecha, el tipo de dispositivo tecnológico ante el que se defendía la vida privada era el teléfono. Como se recordará, en este caso, el TEDH dictaminó que hubo violación del art. 8 CEDH porque la trabajadora (policía) tenía una expectativa razonable de privacidad al habérsele asegurado que el teléfono que utilizaba para comunicarse con su abogado era privado, esto es, tenía autorización de la empresa para usar el teléfono de su propiedad para usos particulares.

2ª) Caso Copland c. Reino Unido (3 de abril de 2007, queja 62617/00). Reafirma la doctrina Halford.

Una década después, constatados ya los efectos de la transformación digital que por entonces empezaba a cernirse sobre el mundo del trabajo igualmente, el TEDH tendrá la oportunidad de perfilar y consolidar la "doctrina Halford" en torno a cómo ha de entenderse la citada expectativa razonable de privacidad, ya respeto del conjunto de dispositivos digitales. En el caso, la profesora de un colegio público galés fue sometida a vigilancia total (llamadas telefónicas, correos electrónicos y conexiones a Internet). Para justificarla, la empresa invocó la necesidad de controlar el gasto público por lo que tenían que analizar las facturas de teléfono (donde constaban los números, fecha, hora y duración de las llamadas), las visitas a Internet y direcciones mail. El TEDH, tras cuidar de no deslegitimar en abstracto el ejercicio del poder de control empresarial, precisó sus condiciones de uso legítimo:

- Legitimidad del fin concreto perseguido, no meramente genérico (ejemplo: la defensa y prevención frente a infracciones de sus obligaciones por el trabajador)
- Información previa de la posibilidad de control
- Proporcionalidad de la medida de vigilancia, a fin de que sea razonable

No mediando la debida información, el poder devendría ilegítimo. Precisamente, por no tener esa expectativa razonable de privacidad, el TS norteamericano, pocos años después (citada sentencia Ontario v. Quon de 17 de junio de 2010) consideró que *no se había violado el derecho fundamental a la privacidad del agente de la policía de la ciudad californiana* que había sido sancionado disciplinariamente por el hecho de que, cuando las autoridades municipales revisaron las causas de una elevada factura telefónica, comprobaron que este policía utilizaba el teléfono del trabajo para remitir a otros compañeros mensajes de texto con contenidos eróticos. Esto es, hacía un uso desviado del dispositivo telefónico, proporcionado sólo para asuntos profesionales.

3ª) Caso Köpke c. Alemania (5 de octubre de 2010): *la vigilancia encubierta también es legítima, si resulta proporcionada por las circunstancias del caso.*

Como ya se anticipó, siendo la expectativa razonable de protección de la vida privada del trabajador una condición importante de legitimidad del control empresarial, delimitada en función de la información previa disponible por el tra-

bajador y a cargo del empleador, no es determinante, de modo que puede no ser ni una condición insuficiente para la legitimidad final, pero también puede dejar de ser una condición necesaria para tal valoración de licitud. En efecto, en el *caso Köpke,* una cajera -comienza la saga de este colectivo de profesionales- fue sometida a video-vigilancia por la sospecha de estar realizando hurtos en la empresa, sin que se le informara de la medida. Sorprendida en tales infracciones, fue despedida, sobre la base de las grabaciones. Los diversos niveles de la jurisdicción alemana que intervinieron declararon la procedencia del despido, desestimándose el recurso de amparo constitucional.

Para el TEDH, sobre la base de que Alemania no había regulado legalmente el uso de cámaras de video-vigilancia por los empleadores, pero sí existía jurisprudencia que asumía su legitimidad sobre la base del método de la ponderación entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y la protección de los intereses de los empleadores, sin entrar en mayor valoraciones en torno a la conformidad o no de esta jurisprudencia con el CEDH, legitimará el actuar empresarial, por lo que no hubo condena a Alemania. El TEDH consideró que Alemania no estaba obligada por el art. 8 CEDH a regular de forma expresa en la ley el derecho a la intimidad de los trabajadores (Schutzgebot) en relación al uso de "video-vigilancia encubierta" por parte de los empleadores. Y que el uso que había hecho la empresa era proporcionado a las circunstancias del caso (se habían detectado pérdidas -fin legítimo-; la conducta era sospechosa y fueron solo ellos objeto de vigilancia; la medida fue limitada en el tiempo y "solo había cubierto el área que rodea la caja y era accesible para el público")

En suma, para el TEDH:

"…la injerencia en la vida privada del solicitante *se limitó a lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos*…. Los tribunales nacionales habían considerado además que el interés del empleador en la protección de sus derechos de propiedad *solo podía salvaguardarse eficazmente mediante la recopilación de pruebas* a fin de demostrar la conducta delictiva del solicitante en los procedimientos judiciales…".

Apreciamos aquí ya la centralidad de la normativa nacional de protección de los datos personales, así como la incertidumbre que genera el juicio de proporcionalidad del control, por cuanto se abre a decisiones dispares. Precisamente así sucederá años más tardes en el *caso López Ribalta*, donde llegará a la conclusión contraria, realizando una ponderación opuesta.

4ª) Caso Barbulescu (I -12 de enero de 23016- y II -5 de septiembre de 2017-). *El deber de información previa debe ser muy preciso y el juicio de proporcionalidad concreto, no abstracto*

Por ser el asunto hoy más conocido, además de servir de referencia determinante para otro estudio incorporado en este monográfico (derecho a la correspondencia ex art. 8 CEDH), aquí nos vamos a limitar a extraer, de forma muy

sucinta, las conclusiones más relevantes del "*test Barbulescu de protección de la privacidad*" del trabajador frente a los contemporáneos poderes de control digital. Al respecto, conviene poner de relieve que en la sentencia inicial, de Sala, favorable al interés empresarial, no se apartaba de sus precedentes, sino tan sólo los modulaba respecto del caso concreto, en la medida en que entendía que en él sí hubo una información previa suficiente, aun genérica, al igual que un juicio de proporcionalidad, aunque laxo. Sin embargo, la revocación por la Gran Sala, también sobre sus precedentes, pondrá de relieve que ni la información previa fue precisa, como se debía, ni el juicio de proporcionalidad resultó lo suficientemente equilibrado para los intereses del trabajador[14].

Como es, de todos, bien sabido, esta doctrina, pese a no tener como referencia la experiencia española, resulta de especial incidencia en nuestro país. La razón reside en que la polémica STC 39/2016, que significará, como recordaremos brevemente ut supra, una rectificación importante de la precedente doctrina en esta materia, tomó como una referencia principal la *sentencia Barbulescu I*. A su vez, la jurisprudencia nacional hizo suya esta doctrina constitucional, que liberaba a las empresas de una importante carga de información previa precisa y finalista. En coherencia, la revocación por la Gran Sala del TEDH de aquélla parecería abocar a una paralela revisión, o modulación, cuando menos, tanto de la doctrina constitucional como de la emuladora jurisprudencia social, en aras de una mayor armonización con la doctrina del TEDH. Como también veremos, no parece entenderlo del mismo modo el TS.

5ª) Caso Antovic and Mirkovic v. Montenegro (28 de noviembre de 2017). *La autorización del trabajador es la regla, para las grabaciones de su actividad, y su imposición empresarial la excepción*

Apenas dos meses después, el TEDH sorprendió con una decisión que llevaba más allá de lo previsible hasta el momento la garantía de privacidad social. La STEDH de 28 de noviembre de 2017, Reclamación 70838/13 (definitiva el 28 de febrero de 2018), reconoce, por ajustada mayoría (4 votos contra 3), que existió violación del art. 8 CEDH en el caso de 2 profesores de la Facultad de Matemáticas de la Universidad de Montenegro por haberse grabado (video-vigilancia), durante un tiempo, sus clases en el auditorio de la citada Facultad, en la que impartían docencia y sin su consentimiento.

Aunque se trataba de zonas de trabajo en las que siempre concurría, por definición, un grupo de personas (profesor y estudiantes), lo que dejaba ver al público lo que se registraba en el mismo lugar y mismo tiempo, y las finalidades de tal grabación eran legítimas ("garantizar la seguridad de los bienes y las personas…y la vigilancia de la enseñanza"-), la mayoría entenderá concurrente la vulneración del derecho de los profesores a su "*vida social privada*" por ausencia de auto-

[14] Cfr. Preciado Domènech, C.H. "*Comentario de urgencia a la STEDH de 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu c. Rumanía (Gran Sala). Recuperando la dignidad en el trabajo",* Jueces para la Democracia, septiembre 2017

rización. Se trataría de una actividad, la docencia, que no sería exclusivamente público-académica, sino que crearía relaciones singulares con el alumnado, como sucedería en virtud de preguntas y debates de un lado -profesor- y otro -alumnado-, en virtud de las cuales se construye una suerte de "identidad social de grupo" respecto de la que existe una expectativa razonable de reserva para ese grupo.

Precisamente, *este argumento relativo a la singularidad de la relación académica* será la enfatizada por 2 de los 4 Magistrados que firmaron la decisión mayoritaria, para los cuales este argumento debió desarrollarse más, y no el relativo a la protección de la vida privada en los lugares de trabajo como tales. A su juicio, la docente sería una relación presidida por la "libertad académica" y, por lo tanto, le resultaría inherente un espacio de reserva frente al controlo o no monitorización por las autoridades académico-administrativas. De ahí su expectativa razonable de que no van ser controlados. Una visión radicalmente contraria a la que defenderá el voto particular de los 3 Magistrados discrepantes, conforme al cual: "…los solicitantes son profesores universitarios que dictaban conferencias en un anfiteatro universitario y, por lo tanto, participaban plenamente en una actividad profesional en un entorno casi público…".

En suma, para la mayoría, la video-vigilancia encubierta de un empleado en su lugar de trabajo debe considerarse como una intrusión considerable en la vida privada del empleado, pues implica la documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que el empleado, que está obligado por el contrato de trabajo para realizar el trabajo en ese lugar, no puede eludir (caso Köpke). No hay ninguna razón para que el TEDH se desvíe de esa conclusión, pues

"…incluso cuando las normas del empleador con respecto a la vida social privada de los empleados en el lugar de trabajo son restrictivas, no pueden reducirla a cero. *El respeto por la vida privada continúa existiendo, incluso si puede restringirse en la medida de lo necesario* (Bărbulescu, § 80)".

Para el TEDH, los tribunales nacionales no examinaron la cuestión de si los actos se ajustaban a la ley, dado que no excluyeron que la video-vigilancia fuera una injerencia en la vida privada. Sin embargo, la Agencia de Protección de Datos sostuvo explícitamente que violaba la Ley de Protección de Datos Personales. Una vez más, la normativa de protección de datos resulta determinante para la suerte final del derecho a la protección de la privacidad, avalando el TEDH la posición de las autoridades propias de control de efectividad de esa normativa específica sobre la doctrina jurisprudencial.

6ª) Caso López Ribalta y otras c. España **(**9 de enero de 2018). *El deber de información previa se concreta en la normativa de protección de datos y ha de* útil.

A menor garantía de la legislación de protección de datos, menor expectativa de protección de la privacidad del trabajador, sentenció el caso *Köpke.* A mayor

protección de datos personales mayor expectativa de privacidad del trabajador, replicará el caso *López Ribalta* (STEDH de 9 de enero de 2018), por lo que la calidad de protección de la vida privada se convertiría en una función directamente proporcional a la calidad de la normativa de protección de datos personales. El TEDH sentenciaría, por 6 votos contra 1, que se vulnera el art. 8 CEDH por la *vigilancia encubierta* de un grupo de cajeras de un supermercado español. Curiosamente, para alcanzar aquel fallo condenatorio contra el Estado español, tomará nota de la doctrina constitucional, como si está fuese lineal y no suscitase significativas contradicciones (SSTC 186/2000, 29/2013, y 39/2016). En todo caso, la clave del razonamiento del TEDH, para llegar al fallo condenatorio del Estado español y, en consecuencia, desautorizar el juicio jurisdiccional nacional, que no consideró vulnerado el derecho, será la exigencia legal de información previa precisa.

Clarificador resulta el siguiente razonamiento:

"68….a diferencia de Köpke, la video-vigilancia encubierta no siguió una sospecha fundamentada previa contra los solicitantes y, en consecuencia, no estaba dirigida específicamente a ellos, sino a todo el personal…, durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. En Köpke, la medida de vigilancia fue limitada en el tiempo, se llevó a cabo durante dos semanas y solo dos empleados fueron blanco de la medida. Sin embargo, en el presente caso, la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha general contra todo el personal...*"*.

La sentencia ha merecido duras críticas, por *incoherente, falta de ejemplaridad y poco prudente*, que orillaría, a diferencia del precedente alemán -el voto particular del juez Dedov aprecia ruptura-, el margen de apreciación ponderativa de los Tribunales nacionales, sacrificando el derecho de propiedad del empleador por el derecho a la privacidad del trabajador. Pero también ha contado con loas[15]. Aquí interesa destacar que se refuerza la doble evolución impulsada por la *sentencia Barbulescu*. Por un lado, el reforzamiento del deber de información previa en condiciones útiles para la defensa del derecho del trabajador ("saber" fehacientemente de la vigilancia empresarial le atribuye "poder" tomar decisiones adecuadas a sus intereses). De otro, la necesidad de que el juicio de proporcionalidad se haga de forma exhaustiva, concreta, no nominal.

Si bien, desde el sector de la abogacía de empresa, se le reprocha que no tenga en cuenta la necesidad de eficacia práctica del poder empresarial, el TEDH argumenta que sí se salvaguarda, si se ejerce por medios más razonables "en particular informando previamente…, *incluso de forma general,* sobre la instalación de un sistema de video-vigilancia y proporcionándoles la información prescrita

[15] Vid. Rojo Torrecilla, E. "*Nuevamente sobre el derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018), I y II*". En sendas entradas de su actualizado y sugerente Blog (16 y 17 de enero de 2018)

en la Ley de Protección de Datos Personales". En suma, poder "vigilar", sí, "poder castigar", también, pero primero debe informarse de forma adecuada (deber de trasparencia comunicativa), aunque, y aquí queda una significativa duda de esta doctrina ¿si basta con la información general, no cabría pensar que las trabajadoras ya debían conocer la existencia de esas cámaras? En cualquier, caso la STEDH de 9 de enero de 2018 *vendría a corregir en realidad la doctrina involutiva de la STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016.*

En efecto, para el TC, siempre que hay causa objetiva que justifique la medida (sospecha fundada de hurtos) y una publicidad genérica, el control empresarial tendrá legitimidad constitucional, sin que el incumplimiento de la norma sobre protección de datos equivalga a infracción del derecho fundamental a la intimidad, manteniéndose en el plano de las infracciones legales. El TEDH valora, sin embargo, que tal infracción legislativa sí equivale a violación del derecho humano a la privacidad.

La sentencia del TEDH no descuida su búsqueda del "justo equilibrio", dando al interés empresarial una importante concesión[16].: *se excluye la violación del derecho a un juicio justo*, por lo que las sentencias que declararon procedentes los despidos eran correctas desde el prisma del art. 6 CEDH. Por lo tanto, *el despido no se verá afectado*, aunque la prueba invalidada sí dará lugar a resarcimiento del daño moral. No deja de ser relevante -más de lo advertido hasta ahora- para la práctica (empresarial y judicial) esta doctrina, porque el uso indirecto de estas grabaciones nulas para crear otras válidas se acepta por el TEDH. En buena medida se asume aquí tanto el interés del empleador a medidas eficaces de control como el interés público a una administración de justicia más adecuada a la hora de ponderar los derechos e intereses particulares en juego. Por tanto, el TEDH

[16] Aunque el fin no justifica los medios el TEDH no descuida, sin acoger en toda su plenitud, el argumento de la garantía de eficacia del poder de investigación (empresarial). Esta fuerte tensión entre el interés de la eficacia investigadora y el de la privacidad es un clásico en todas las experiencias judiciales, como en la norteamericana. Así, por ejemplo, la sentencia *United States v. Jones* (2012) *declaró ilegal el uso del GPS* para combatir la criminalidad sin la correspondiente autorización judicial. Y en el asunto Kyllo (2001), también declaró nula la prueba de *escáner de termografía infrarroja* en virtud de la cual, la policía, desde la calle, demostraba que una parte de la vivienda emitía más calor en comparación con el resto de los apartamentos aledaños, evidenciando una plantación de marihuana que usaba potentes lámparas. Esta primacía del derecho sobre la eficacia de la facultad de policía también quedó reflejada en la sentencia Riley c. California (2014). En ella se planteó si la policía podía registrar la información contenida en un teléfono móvil (smartphone) que había sido intervenido a un particular, detenido por una infracción de tráfico, sin necesidad de autorización judicial. En una sentencia prácticamente unánime el presidente Roberts expresó esta idea: «El hecho de que la tecnología permita ahora que un particular lleve información consigo no significa que la información sea menos digna de la protección por la que lucharon los Fundadores. (…). ».Una vez más, la decisión no es unánime. Un Magistrado -el *juez Alito*- formuló un voto particular para puntualizar dos aspectos relevantes. Por una parte, consideró que no se podía aplicar la regla utilizada en la era pre-digital para registrar un teléfono móvil, sino que requería una nueva interpretación de la aplicación de la ley y los intereses de la privacidad (argumento de evolución social). Por otra parte, estimó que correspondía al legislador, elegido por los ciudadanos y en mejor posición que los jueces, evaluar y responder a los cambios que ya se han producido y, más aún, a los futuros (argumento político-normativo). Para la síntesis de estas sentencias vid. Ordoñez Solís, D. La protección de los derechos fundamentales en Internet en la jurisprudencia europea, Editorial Reus, Madrid, 2014.

parece querer mediar en la cuestión de la eficacia de esta nulidad de las pruebas tecnológicas en el despido cuando éste puede acreditarse por otras vías. Se volverá después sobre este importante aspecto, que ha pasado desapercibido para buena parte de la doctrina científica y, sobre todo, de la doctrina judicial.

7ª) Caso Libert c. Francia (22 de febrero de 2018). *¿El retorno a la posición originaria de defensa de una expectativa de privacidad conforme a la información dada sobre la normativa interna y un juicio estricto de proporcionalidad?*

Poco más de un mes después, el TEDH nos sorprende con otra sentencia de gran calado; pero ahora con un fallo de sentido contrario a los últimos precedentes. Esta vez, la mayoría -6 contra 1- de la Sala 5ª se inclina, para un asunto de una conocida y potente empresa pública francesa, *a favor de la potestad de vigilancia tecnológica en detrimento del derecho a la privacidad*. Es el esperado -y un tanto decepcionante- *caso Libert c. Francia* (STEDH de 22 de febrero de 2018, Reclamación 588/13, devenido definitivo, en virtud del artículo 44.2 del CEDH, el 2 de julio de 2018). El caso se refiere al despido de un empleado de la SNCF tras la incautación de su ordenador profesional *que reveló el almacenamiento de archivos pornográficos y falsos certificados realizados en beneficio de terceros*. El TEDH considera que la consulta empresarial de los archivos por el empleador sí fue conforme con un objetivo legítimo de garantizar que se usan los equipos propiedad de la empresa para su fin productivo.

Como en el *caso Köpke*, el TEDH considerará determinante el margen de decisión legislativa nacional. Parte del reconocimiento en el Derecho francés (art. L. 1121-1 y L.1321-3 del Code du Travail) de un principio de protección de la intimidad, según el cual, los empleadores pueden abrir ficheros profesionales, no los identificados como "privados". En la normativa interna de la empresa se indicaba que las informaciones de carácter privado contenidas en ficheros "debían ser claramente identificadas como tales", algo que no había ocurrido en el caso enjuiciado, pues los archivos indicaban sólo "personales", lo que podía ser ambiguo, ya que personal podría referir a expedientes profesionales llevados de forma personal, no ya asuntos privados, pues su uso para tales estaba prohibido, salvo casos excepcionales. La Cour d'Appel estimó que el trabajador había vulnerado la normativa deontológica de la SNCF al hacer un uso "privado" de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores, pues en esta caso no había sido puntual, que toleraba la empresa, sino continuado. Tesis acogida por la *Cour de Cassation*, que insistió en la razonabilidad de la conducta empresarial. Además, puso de manifiesto el uso claramente abusivo del dispositivo, pues almacenó "1.662 archivos pornográficos que representaban un volumen de 787 megabytes durante un período de cuatro años, y que también había utilizado su ordenador de trabajo para preparar declaraciones falsas".

El TEDH asumió aquí, a diferencia parcial del caso (español) López Ribalta, el margen de decisión, tanto legislativa como de juicio jurisdiccional, nacional:

"La utilización de los recursos del sistema de información de la SNCF sólo es posible en el marco de la actividad profesional del personal, definida por su función y dentro de los límites de las delegaciones que se les han concedido. No obstante, *el uso personal ocasional y razonable de la mensajería y de Internet se tolera en la vida práctica o familiar, siempre que no afecte a la calidad del servicio* asociado. La información de carácter privado debe identificarse claramente como…. Lo mismo se aplica a los medios de comunicación que reciben esta información (directorio" PRIVADO"). Este uso está sujeto a una autorización estrictamente personal que de ninguna manera puede ser transferida, ni siquiera temporalmente, a un tercero sin ninguna responsabilidad por parte del propietario. Podrá ser revocada en cualquier momento y cesará si la actividad profesional que la haya justificado queda suspendida temporal o definitivamente. (...)" (Apartado 19).

En suma, en este caso, la injerencia tecnológica empresarial en la vida privada del trabajador[17], pese a carecer de una información específica previa (los ficheros fueron abiertos sin la presencia del trabajador y sin ser informado de ello), hallará *causa proporcionada* (el empleador pueda verificar en tales circunstancias que sus empleados realizan sus tareas profesionales de manera adecuada y con la celeridad requerida). De este modo, la decisión de sala del TEDH *parece frenarse en su avance interpretativo, retrocediendo incluso respecto de la sentencia Barbulescu II (la ausencia de recurso nos privará, por ahora, del más que oportuno pronunciamiento de la Gran Sala).* De un lado, se conforma con la *existencia de una normativa interna clara y conocida (*que exige la identificación del correo excluido del control empresarial como "privado", no siendo suficiente la referencia "personal", pese a ser esta la denominación utilizada por la jurisprudencia para fijar la diferencia entre correos incluidos y excluidos del control). De otro, bastará la constatación de un uso intensivo no profesional del ordenador para tener como proporcionado el margen de control del mismo de las autoridades nacionales (apartado 52). En definitiva, y tras esta corta pero intensa producción jurisprudencial del TEDH desde "Barbulescu I", el panorama europeo más se ensombrece que se aclara.

4. IMPACTO DE LA EVOLUCIÓN DEL TEDH EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: DE LA "INVOLUCIÓN" A LA "INCERTIDUMBRE"

4.1. La función jurisprudencial de suplencia legislativa en la fijación de límites al poder de control empresarial: del estancamiento a la involución

Asumido jurisprudencialmente, desde hace más de una década (2007), un poder general del empleador de controlar tecnológicamente la actividad del trabaja-

[17] En este caso se trata de una persona jurídica de derecho público, aun sometida a Derecho privado, pero la clave interpretativa es análoga. A diferencia del asunto Barbulescu, cuyas injerencias al respeto de la vida privada fueron en el sector privado, la queja será analizada como obligación negativa, no como obligación positiva del Estado.

dor, en virtud del art. 20.3 ET y en detrimento del art. 18 ET (límites dl poder de policía empresarial), ni el legislador ni la jurisprudencia laborales mostraron la debida atención a la evolución producida por la normativa de protección de datos en el conflicto entre la privacidad del trabajador y la libertad de empresa. Esta profunda disociación legislativa en el plano laboral entre el derecho a la autodeterminación informativa en una esfera, la laboral, dominada crecientemente por la digitalización, y el derecho a la privacidad del trabajador, ha venido plagando nuestro sistema de insuficiencias reguladoras (vicio de lagunas) y de contradicciones (vicio jurídico de antinomias). Aunque era de esperar que, con el progresar del tiempo, el TC y el TS pudieran corregir estas deficiencias, lo cierto es que ha contaminado también el actuar jurisprudencial. Consecuentemente, si a finales del siglo pasado los principales estudios en esta materia concluían un altísimo grado de inseguridad jurídica[18], el acopio de un inmenso cuerpo de doctrina jurisprudencial (ordinaria y constitucional), lejos de reducirlo lo ha ampliado, agravándose por el fuerte contraste entre la revisada evolución del TEDH y la involución del TC español

La incertidumbre real es mayor porque, como se anticipó, en teoría, desde una perspectiva abstracta, TC y TS han venido asumiendo como criterio resolutivo básico del conflicto el vetusto -y más correcto- principio de proporcionalidad (justo equilibrio), por encima del -no menos antiguo, pero más impropio aquí, por tratarse de conflicto entre derechos fundamentales- de buena fe (deber de transparencia y prohibición de usos abusivos). Este canon de legitimidad, asumido por el TEDH, servía tanto para dar validez al control empresarial (STC 186/2000) como para anularlo (STC 98/2000).

Desde esta perspectiva general de comparación entre ambas doctrinas -europea y nacional-, que el TC español validase tempranamente medidas de video-vigilancia (por cámara) encubierta (con omisión del deber de información colectiva ex art. 64.1.3 ET), si concurría una "razonable sospecha de hurtos" (u otro tipo de infracciones laborales) y un modo de ejercicio proporcionado (para la zona de caja y tiempo limitado), no parece contrariar la reciente doctrina del TEDH, que también lo acepta en ciertas circunstancias (casos *Köpke* y *Libert*). Por lo tanto, para el TC, si no es dudoso el deber general de adaptabilidad de los derechos fundamentales de los trabajadores a los requerimientos de la organización empresarial, que legitima la regulación interna del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial , así como la facultad empresarial de vigilancia (tecnológica -auditorías informáticas, GPS, control biométrico, etc.) del cumplimiento con-

[18] Vid. Sala Franco, T. "*El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral*". En AAVV. (E. Borrajo -Dir.-). Trabajo y libertades Públicas. La Ley, Madrid, 1999, p. 205. No se cumplió, pues, la "profecía" de ciertos autores, que auguraban la solución al problema de la inseguridad jurídica a partir de una sólida y solvente doctrina jurisprudencial general. Cfr. López Aniorte, M.C. "*Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento laboral español*". Policía y Seguridad Pública, vol. I, n. 4, 2014, pp. 31 y ss.

tractual, tampoco lo sería la necesidad de ejercicio proporcionado[19], para asegurar "pleno respeto a los derechos fundamentales"(STC 241/2012 , FJ 5). Entre ellos, el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad (art. 10.1 CE), que *implica reservar un ámbito propio frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de cultura, para mantener una "calidad mínima de la vida humana",* también en las relaciones de trabajo [STC 170/2013, FJ 5).

Una convergencia, más aparente o nominal que real, que también parecía darse cuando tanto el TS -de forma pionera[20]- como -posteriormente- el propio TC asumieron el concepto típico del TEDH para delimitar el margen de protección esperable por el trabajador de su privacidad: la tutela en cada caso (el juicio casuístico es común al referido canon de proporcionalidad) de una *expectativa razonable de privacidad* (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5]. De ahí, que tengan entrada específica los precedentes del TEDH *Halford* y *Copland*. Para el TC, e*l dato de la previsión o no de un exclusivo uso profesional será determinante de la expectativa.* De este modo, el TC - y el TS- aceptan que si hubo información previa sobre la normativa interna de control de medios informáticos no cabría razonablemente confiar en el carácter privado de sus usos.

Ahora bien, si resulta evidente que las "músicas" suenan de forma análoga, sus "letras pequeñas" no resultan tan convergentes, evidenciándose un proceso inequívoco de decantación restrictiva de ambos cánones de control de legitimidad del poder, de tal modo que el resultado práctico será a menudo el de la protección de aquél frente a toda esfera útil del derecho a la privacidad. Para acreditar esta afirmación bastará con traer a colación, de un lado, que el TS asumía la pérdida del "uso social" de los medios propios del empleador si éste había dejado bien clara su prohibición absoluta, agotando su uso en finalidades profesionales, y, de otro, que el TC también legitimaba que se carecía de tal expectativa de uso social de la privacidad si una norma colectiva tipificaba como infracción usos extra-laborales, aun no existiendo información previa empresarial (STC 170/2013). A diferencia de lo que decantaría el TEDH, TC y TS *niegan un espacio objetivo y autónomo (social) de privacidad por el trabajador en el uso de dispositivos propiedad de la empresa* al margen de su norma y/o tolerancia, de modo que (solo) quien crea la expectativa, el empleador (o norma colectiva), puede destruirla[21].

[19] Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto [juicio de idoneidad]; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia [juicio de necesidad]; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto [juicio de proporcionalidad en sentido estricto]" (STC 96/2012).

[20] Las célebres SSTS, 4ª, 26 de septiembre de 2007, RCUD 966/2006, y 8 de marzo de 2011, RCUD 1826/2010)

21 Para diversas posiciones -unos críticos, otros adherentes o comprensivos- de esta "evolución-involución", vid. Preciado Domenech, C.H. *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*. Aranzadi. Pamplona, 2017, pp. 76 y ss.; Aparicio Tovar, J. "*Los derechos fundamentales*

Este proceso de decantación práctica restrictiva de la doctrina teórica sobre los diversos cánones de legitimidad (constitucional y ordinaria) del poder de injerencia del empleador sobre la privacidad del trabajador en la prestación de servicios, frente a un proceso de decantación práctica expansiva del TEDH, se confirmará, agravándose, en la última fase, por el momento, de este proceso de maduración interpretativa y respecto del tercer canon de legitimidad jurídica de aquél poder empresarial: *el deber de información /derecho de saber previos* sobre el sentido y alcance del control empresarial. En efecto, si dando continuidad a la doctrina general sobre la expectativa razonable de privacidad del trabajador a tenor del margen de confianza creado por el actuar empresarial (jurídico y fáctico), la STC 29/2013, de 11 de febrero, reforzaría la posición laboral exigiendo que mediase un deber informativo previo específico laboral (no basta informar del fin general de seguridad pública, hay que comunicar la finalidad laboral perseguida), dando entrada a la función garantista de la normativa de protección de datos, la STC 39/2016, de 3 de marzo (caso Bershka -BSK- España) truncará ese proceso, involucionándolo.

Aunque se ha discutido mucho, y se sigue haciendo, tanto en sede científica como judicial, en torno a la relación de este último precedente constitucional respecto de anteriores, y sobre todo en relación a la doctrina del TEDH, considerándolos unos de signo rupturista, mientras que otros no ven tal fisura, no es baladí indicar que la STC 39/2016 tomó como precedente europeo para confirmar su interpretación liberalizadora y de garantía de la eficacia para el poder empresarial la "*sentencia Barbulescu I*". Pero, como todos sabemos, esta posición hermenéutica inicial ha sido revisada por la Gran Sala del TEDH y, en consecuencia, parece claro que, como afirma el muy fundado voto particular que acompaña a la STC 39/2016, el asumir la posición de la mayoría vendría a vaciar de sentido práctico, si no el modelo de relaciones laborales, más abierto, sí el contenido esencial del derecho a la privacidad del trabajador conforme al plus protector que le ofrece la jurisprudencia del TEDH. Frente al favor constitucional por la teoría de las potestades implícitas de control empresarial, a partir tanto de normas genéricas de carácter legal (art. 6 de la Ley de protección de datos personales, art. 20 ET) como colectivas, incluso de carácter interno (códigos de conducta o políticas empresariales de uso social razonable de medios tecnológicos), el TEDH se muestra más severo y preciso a la hora de legitimar el uso práctico, real, del poder de control empresarial, exigiendo un plus de información: a la genérica -existencia de una norma de control- sumaría la específica -el uso de vigilancia laboral concreto-.

y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica (a propósito de la STC 170/2013, de 7 de octubre)". Revista de Derecho Social, n. 64, 2013, pp. 143 y ss.; Gallardo Mora, R. "*El derecho fundamental a la protección de datos personales y la video-vigilancia empresarial*". Revista de Derecho Scial, n. 62, 2013, pp. 163 y ss. Más recientemente Tascón Rodriguez, R. "*Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores*", RTSS-CEF, n. 415, octubre 2017, pp. 70 y ss.

4.2. Neutralización teórica nacional del plus de protección práctico europeo: el persistente contrastes entre la doctrina judicial y la jurisprudencial

4.2.1. ¿El resurgir de la doctrina de suplicación de la "doble información previa", genérica y específica laboral?

La desazón e incertidumbre que dominan este ámbito desde antaño continúan dejándose sentir en la incapacidad de lograr un básico acuerdo en torno al impacto real de la evolución del TEDH en la jurisprudencia nacional sobre el conflicto entre vida privada del trabajador y control empresarial. No ayuda tampoco el TEDH, cuando, como la sentencia *López Ribalta*, remite de forma lineal, como si no hubiese fracturas entre ellas, a las diversas sentencias constitucionales en la materia. Pero el contraste es manifiesto, otra cosa será dilucidar hasta dónde, de forma precisa y, por lo tanto, de qué modo debería producirse la rectificación o, cuando menos, modulación por parte del TC y del TS. La mejor prueba de ese persistente conflicto es la diversa visión de él que mantiene la *doctrina judicial mayoritaria* (instancia y suplicación), y la *jurisprudencia*.

Como evidenciaremos de inmediato, sucintamente, la última doctrina judicial de suplicación (también la mayoritaria de instancia social), tiende a dejar constancia de la fractura entre la evolución jurisprudencia del TEDH y la involución de la doctrina del TC y, a su estela, del TS. En cambio, la sala social del TS parece seguir enrocada en su posición precedente, neutralizando cualquier mejora protectora derivada de aquélla. Por lo tanto, a su juicio -en parte errado- la situación práctica sería análoga a la anterior a los precedentes "*Barbulescu*" y *López Ribalta*.

La posición crítica de la doctrina de suplicación social es manifiesta. Entre los muchos ejemplos que podrían citarse, destacaremos aquí la *STSJ Madrid, 233/2018, 23 de abril* (despido de un trabajador de la empresa Ferrovial Servicios). En ella, tras dejar constancia de la equivocidad de la respuesta judicial respecto de los límites a los poderes de control tecnológico empresarial, para lo que repasa los precedentes básicos, tanto del TC como del TS, incluso los asuntos "Barbulescu" y "López Ribalta", se declarará la ilicitud de la prueba, calificando la improcedencia del despido (no nulidad), porque, en el caso concreto, la medida de seguimiento del personal adscrito al servicio de bar mediante detectives privados dotados de cámara oculta, además de ser aleatorio y sin sospecha previa de conducta irregular del trabajador -sí de otros compañeros-, tuvo lugar sin información previa de la posibilidad de tales usos. Para la sala de suplicación, no sería constitucionalmente lícito sustituir ese deber de información previa y específica laboral por un puro conocimiento genérico y presunto a partir del eventual conocimiento de este tipo de seguimientos en otros trabajadores de la empresa. La sala

de suplicación opta por la posición garantista[22], citando la STS 13 de mayo de 2014, Rec. 1685/2013.

Análoga posición interpretativa, con idéntico resultado, mantendrá la sala social del TSJ castellano-manchego, que ha dictado diversas sentencias tras los citados asuntos del TEDH y en los que deja clara constancia del contraste existente, en su opinión, con la doctrina constitucional y la jurisprudencia del TS nacionales. La *STSJ Castilla-La Mancha 407/2018, 21 de marzo* invalida la prueba de control tecnológico (grabaciones video-gráficas), aceptada en instancia social, por ausencia de información específica en torno a la finalidad laboral del control (las cámaras eran visibles y sólo existía distintivo general). Esta conclusión la alcanza tras un exhaustivo repaso de los precedentes

Aunque, tras este repaso por el Derecho de precedentes jurisprudenciales, la sala es consciente de que existe divergencia entre la STC 39/2016 (que dispensa tanto del consentimiento ex art. 6 LOPD como del deber de información específica previa, bastando con el distintivo genérico de video cámaras conforme a la normativa sobre protección de datos), y algunos de sus precedentes, así como entre la STS de 2 febrero 2017 (Recurso 554/2016), lo que podría llevar a dar validez de la prueba video-gráfica, considera oportuno "…señalar que este criterio jurisprudencial…podría cambiar a la vista de la doctrina sentada por el TEDH…, en la que el tribunal hace constar que la video-vigilancia llevada…por el empleador… no cumplió… con la obligación de informar previamente, explícitamente…y sin ambigüedad de lo relativo a la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos personales".

En el caso, la sala concluye la nulidad del despido, pero no como consecuencia directa de la nulidad de la prueba video-gráfica empresarial, pues asume la doctrina de la improcedencia -si no media otra prueba válida justificativa de la infracción, sino por tratarse de una trabajadora con jornada reducida por razones de guarda legal. En tales casos, dado que no se acredita la causa infractora alegada, procedería la nulidad objetiva del art. 55.5 b ET y del art. 108.2 b) LRJS, sin indemnización adicional[23]. En cambio, dado que, en el caso concreto, no concurrió tal circunstancia personal, la STSJ Castilla-La Mancha**,** 25/2018, 12 de enero (Rec. 1416/2017), declaró improcedente un despido cuya principal prueba de cargo era la video-grabación del trabajador fumando dentro de su jornada laboral,

[22] En línea análoga, la STSJ Madrid, 391/2018, 30 de abril declara existente intromisión en la vida privada -y en las comunicaciones- de una trabajadora al no existir ni regulación del uso de los dispositivos tecnológicos ni advertencia previa de la finalidad disciplinaria de los controles. En ella se cita la STS de 8 de febrero de 2018, dejando constancia de que, a su vez, tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH

[23] "No ha lugar a la indemnización por lesión de derechos fundamentales que también se reclamaba en el "suplico" de la demanda, al no apreciarse la existencia de un específico móvil empresarial discriminatorio o de lesión de derechos fundamentales, y ello con independencia de la declaración de nulidad del despido que se efectúa por imperativo legal, no estrictamente constitucional -ni comunitario-" (FJ Tercero)

una vez que ésta debe anularse pues ni se informó debidamente (no se comunicó al trabajador la instalación de una cámara dentro de la caseta control de los vigilantes de seguridad donde presta sus servicios, sin que bastaran los distintivos sobre tales cámaras en la propiedad) ni proporcionada respecto de la finalidad (comprobar un presunto y sospechado incumplimiento laboral del operario -fumar en lugar prohibido-, ya que había otros medios menos intrusivos). Una vez más, tras un exhaustivo repaso de la doctrina jurisprudencial y de la jurisprudencia social, con recapitulación de cuáles son los criterios nacionales para el control de validez de las pruebas tecnológicas, se pone de manifiesto *el favor de nuestro sistema jurídico por un estricto deber de información previa y específica a fines laborales,* de modo que la *exención general del deber de consentimiento* quede compensada con *un deber general de información útil.*

Por supuesto, la sala de suplicación social recuerda que la STC 39/2016 supuso la liberación "a las empresas de esta carga informativa explícita y precisa, al tiempo que convierte la sospecha de que un trabajador está cometiendo irregularidades, en una habilitación para instalar las cámaras en el lugar de trabajo, resolviendo así de forma contraria a la STC 29/2013, sin explicación alguna sobre las razones del cambio de doctrina…". Pero, inmediatamente precisa que tal involución jurisprudencial deberá, a su vez, rectificarse, pues sobre ella "indudablemente va a influir la reciente Sentencia de 9 de enero de 2018…en la que se reafirma el criterio sostenido en la anterior de 5 de septiembre de 2017 dictada por la Gran Sala (….). Considera el TEHD que los derechos del empresario podrían haberse satisfecho, al menos en cierto grado, por otros medios, concretamente informando previamente a las demandantes, incluso de forma general, de la instalación de un sistema de video vigilancia y proporcionándoles la información prevista en el artículo 5 de la LOPD". A su juicio -ingenuo, como veremos-, tal doctrina del TEDH "*…previsiblemente también influirá en la última jurisprudencia* del Tribunal Supremo que ha aplicado la doctrina constitucional de la STC 39/2016…".

Curiosamente, la sala de suplicación social llega al mismo juicio anulatorio, de la prueba tecnológica no suficientemente trasparente, que alcanzaría con la doctrina del TEDH, aplicando la doctrina constitucional cuya crítica, con razón, acaba de realizar**.** A su juicio -errado-, el art. 5.1 LOPJ le impondría una vinculación más fuerte al TC que al TEDH, cuando el art. 96 CE le exige, dado que aplica legalidad ordinaria sujeta a la primacía del Derecho Internacional (art. 8 CEDH), lo contrario para resolver el asunto. Por eso, no aplicará directamente la doctrina del TEDH (juicio de convencionalidad), sino que se mantendrá en el precedente de la STC 39/2016, aunque no lo considere concordante con aquélla. Ahora bien, si una primera lectura de la misma llevaría a dar validez a la prueba video-gráfica, según el canon de información básica (conforme al distintivo de la normativa de protección de datos personales), un análisis más profundo de la misma, desde el canon clásico de proporcionalidad, evidenciaría la invalidez constitucional de tal

prueba, porque "…el comportamiento empresarial…no cumple el triple juicio de proporcionalidad exigible a toda medida restrictiva de derechos fundamentales. (…)". Y ello, precisa la sentencia de suplicación, porque "aunque no parece existir duda sobre el carácter justificado de la medida,… no puede afirmarse que fuera necesaria, en tanto en cuanto existían otros medios más moderados, menos agresivos del derecho a la intimidad personal del trabajador…"(FJ Sexto).

Un juicio de proporcionalidad, como última trinchera del control judicial, que tampoco pasará el asunto conocido por la SJS Madrid n. 19, 453/2017, 17 de noviembre, caso empresa AMADEUS SOLUCIONES TECNOLÓGICAS S.A), que sí hará, frente a la decisión de la sala social castellano-manchega, una aplicación directa de la doctrina del TEDH. Para el juzgador de instancia social la actuación empresarial no superará los criterios del TEDH, por desproporcionada: "el objetivo de la empresa, que se orientaba a determinar la carga de trabajo de la demandante y su dedicación al mismo, hubiera podido alcanzarse por otras vías menos invasivas, tales como el control de los resultados del trabajo de la demandante (que no se olvide que se desarrollaba en el centro de trabajo) o por medio de la exigencia de una dación de cuenta por parte de la actora de las tareas realizadas durante su jornada, incluso de forma diaria durante un cierto periodo…". En este caso -volveremos después sobre ello-, no obstante, sí que tal nulidad de la prueba video-gráfica llevará a la nulidad del despido, con indemnización adicional por daño moral, con lo que mantiene una posición diferente a la sostenida en este -importante- punto por la doctrina de suplicación castellano-manchega[24].

Una aplicación directa de la jurisprudencia del TEDH (concretamente de la sentencia López Ribalta), en detrimento de la doctrina constitucional, y una calificación de nulidad del despido, a raíz de la nulidad de la prueba video-gráfica, que defenderá también la *STSJ PV 470/2018, 27 de febrero*[25]. En ella, tras un enésimo reconocimiento de la complejidad del estado del arte interpretativo jurisprudencial en la materia, no sólo por la dificultad del conflicto y su proliferación en el foro sino también por el contraste entre la justicia constitucional y la europea, se asume la preferencia de ésta: "la Sala ha de tener también en cuenta - y muy especialmente - la reciente STEDH de 9 de enero de 2018 - López Ribalta-…(…)". Por eso, considera que "la grabación realizada por la empresa vulnera el derecho a la vida privada de la trabajadora demandante, dado que no fue informada de la existencia de tal sistema de video vigilancia ni de los extremos de los que debió haber sido informada según la previsión del artículo 5 LOPD…". Eso sí, a dife-

[24] Para un sugerente análisis vid. Benito-Butrón Ochoa, J.C. *"¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)*?", RTSS-CEF, n. 421, abril 2018, pp. 124 y ss.

[25] Una cajera, socia-trabajadora de la cooperativa EROSKI, es despedida en virtud de la imputación de una infracción muy grave -manipulación fraudulenta en el cobro de artículos de caja- desvelada a través del análisis pormenorizado de diarios electrónicos y visionado de la cámara instalada encima de la caja. El total apropiado sería de 83 Euros, resultante de 9 tickets fraudulentos en el mes de diciembre

rencia de la sentencia de instancia social madrileña, no incluye una indemnización adicional, porque no se reclamó en la instancia social

Puede observarse, de este modo, cómo la evolución jurisprudencial del TEDH parece estar sirviendo a la doctrina judicial de suplicación para "resucitar" su conocido "test de la doble información previa" para superar, en el ejercicio del poder de control tecnológico del empresario, la expectativa razonable de privacidad social del trabajador: una política de uso de los dispositivos tecnológicos, predeterminada y comunicada, en primer lugar, y una información específica sobre los medios para garantizar que aquélla se cumple (garantía empresarial del uso correcto de los medios tecnológicos propiedad del empleador), después (ej. STSJ Cantabria, 18 de enero de 2007, rec. 187/2007). Frente a la doctrina constitucional de la potestad implícita de control del uso correcto de los dispositivos tecnológicos, inherente a toda prohibición de usos no productivos de aquéllos, los Tribunales Superiores de Justicia, de forma mayoritaria, mantenían que tal potestad ha de explicitarse, sin ambages. Ahora, el TEDH vendría a darles la razón, al menos con carácter general y, en consecuencia, la doctrina de suplicación social se muestra convencida de la necesidad de rectificación del TC y del TS para reconciliarse con el TEDH.

Si bien es cierto que no todas las decisiones judiciales posteriores a los asuntos del TEDH aquí analizados alcanzan un juicio anulatorio de la prueba tecnológica, pues *en algunas de ellas, las menos ciertamente, se asume su validez*, sí que en todas queda de relieve el referido contraste entre la jurisprudencia nacional, restrictiva, y la europea, expansiva. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia *del Juzgado de lo Social n.1 de Oviedo 171/2018, 22 de marzo.* En este caso, en el que se impugna el despido por violar su derecho a la intimidad y a la protección de datos, al haber sido grabado en el trabajo sin su consentimiento, ni informado de que estaba siendo grabado ni que podía ser sancionado en base a esas grabaciones, el juzgador, respecto de la prueba video-gráfica, decide mantenerse fiel "…a la última doctrina fijada por el Tribunal Supremo…, que si bien podría variar en base a la última doctrina fijada por TEDH en el caso Barbulescu y López Ribalta, es la que se mantiene vigente en el momento actual". En consecuencia, validará la prueba porque la instalación de cámaras de seguridad era una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja) y proporcionada al fin perseguido, pues "es la única forma que existía para…acreditar quién se había apropiado del dinero".

Las deficiencias informativas identificadas en el caso -consta el distintivo de las cámaras, pero no la información precisa sobre su uso para investigar de forma específica eventuales infracciones-, no pueden llevar, conforme a esa jurisprudencia constitucional y ordinaria, a la nulidad de la prueba tecnológica. De modo

que "…*frente a los defectos informativos…pudieron reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos, para que la sancionara…*". No obstante, el despido fue declarado improcedente por la falta de nitidez de la grabación.

Una posición de favor hacia la máxima eficacia del poder de control tecnológico del empresario, siempre que medie la superación del referido test de proporcionalidad, que incluso se evidencia en el ámbito penal, cuando, paradójicamente, la sala penal del TS se había mostrado mucho más restrictiva que el TC y que la sala social del TS, si bien es cierto que en relación al derecho del secreto de comunicaciones. Desde aquella perspectiva más expansiva, de interés resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 283/2018, 3 de abril, que incluso asume la posibilidad de legitimar el control empresarial de los ordenadores sin información específica previa, incluso respecto de las normas generales de uso de los dispositivos propiedad de la empresa. En efecto, si con carácter general se exige esa delimitación e información previa de la política de uso en la empresa de los dispositivos de comunicación digital para justificar el control, en ciertos casos -excepcionales- se puede prescindir de tal deber. Sería la situación de aquellos usos del ordenador que resulten tan determinantes para la prestación de servicios -ej.: programadores informáticos- que haga inherente ese control al conocimiento profesional de tales empleados cualificados, porque resulta razonable atendiendo al tipo de actividad realizada por el trabajador:

"…Aunque no consta que por parte de la empresa y con arreglo a la buena fe se hubieran establecido previamente las reglas de uso de los ordenadores, no puede obviarse…que…no sólo eran propiedad de la empresa y se facilitaban al trabajador para utilizarlos en el ejercicio de su prestación laboral, sino que esa herramienta…era la… fundamental e imprescindible y que el control…sobre los ordenadores alcanzaba una especial relevancia, y que, en consecuencia, los trabajadores acusados, en su condición de programadores informáticos tenían que tener cumplido conocimiento de que su actividad (realizada a través de las computadoras) iba a ser objeto de examen continuo".

Fuera de estos casos, sí que sería exigible la información previa y precisa, tal y como esta sentencia penal indica, también recordando la intensidad de este deber en el asunto *Barbulescu***.** En el caso, la sentencia de apelación penal, aunque rehabilitó las pruebas informáticas anuladas por la instrucción-instancia judicial penal, alcanzaría un mismo juicio de absolución -por tratarse de sentencia absolutoria la de instancia, no revisable en apelación mediante nueva valoración de las pruebas-.

4.2.2. "R que R" del TS nacional: el juicio de proporcionalidad del TEDH en nada diferiría del propio del TC

En contraste con esta crítica de la doctrina judicial mayoritaria, que muestra su fundada expectativa de corrección de la jurisprudencia nacional, la STS 119/2018, de 8 de febrero (caso Inditex) se alinea con el precedente constitucional de la STC 170/2013 -invocada por la empresa en sus recursos de suplicación y de unificación de doctrina- y considera que no hay ni una sola razón para entenderla corregida por el TEDH. Consecuentemente, en un caso típico de control informático sin consentimiento del trabajador, aunque mediaba conocimiento de la prohibición de uso personal de dispositivos móviles propiedad de la empresa y de la posibilidad de ser sancionado en tal caso, con resultado de despido del trabajador[26], el TS lo avalará, validando la prueba tecnológica anulada en suplicación social. Para el TS la utilización del ordenador queda dentro del ámbito de poder de vigilancia y por ello su ejercicio se ampara en el art. 20 ET y no tiene las limitaciones de la función de «policía privada» ex art. 18 ET, sino las genéricas del principio de proporcionalidad. Y, a tal fin, nada nuevo añadiría la STEDH de 5 de septiembre de 2017 [Caso «Barbulescu»], ya que, sin perjuicio de calificarlos como "prolijos", para el TS, los criterios del TEDH serían "sustancialmente coincidentes con los de la jurisprudencia constitucional" (SSTC 241/2012 -con voto particular- y 170/2013). Por tanto, en el caso concreto:

"la conducta empresarial…pasa holgadamente el filtro de los requisitos que el Alto Tribunal europeo exige para atribuir legitimidad a la actividad del grado de intromisión del empresario".

De este modo, una vez sintetizados, genéricamente, cuáles son tales criterios (una razón justificativa empresarial legítima de la monitorización; inexistencia de un medio menos intrusivo para la consecución del objetivo, el destino dado por la empresa al resultado del control y la previsión de garantías para el trabajador), concluirá que no hay nada de nuevo en ellos, ni respecto de la doctrina constitucional ni de la propia:

"…pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la *obligada ponderación de intereses*, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC y a los que nos hemos referido en el FD Quinto [5.b)]. Juicios que a nuestro entender han sido escrupulosamente respetados en el caso de autos, por las razones más arriba expuestas [FJ Sexto. 2]"

[26] En la empresa existe una concreta normativa empresarial «de los sistemas de información» y de «política de seguridad de la información» del Grupo Inditex, que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales. Los empleados del Grupo Inditex, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex. El examen del ordenador utilizado por el trabajador accionante fue acordado tras el «hallazgo casual» de fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante -prohibido en el Código de Conducta de la demandada e imputado en la carta de despido-.

Incomprensiblemente, el TS reduce la evolución jurisprudencial del TEDH a casi una caricaturización de la misma, volviendo al momento originario: el más puro o estricto juicio de proporcionalidad. Sin poder entrar aquí y ahora en profundidad sobre tan importante cuestión, parece más que evidente que no puede -ni debe- despacharse de este modo tan simple la evolución jurisprudencial del TEDH. Primero, porque resulta manifiesto que sí contiene una novedad determinante respecto de los precedentes, y es que no cabe una prohibición absoluta de usos no laborales de los dispositivos digitales o tecnológicos, porque éstos tienen una inexorable "vertiente social". Por lo tanto, frente a lo sostenido por el TS español, e incluso por el TEDH en el precedente *Copland*, no es posible atribuir a la eventual normativa o política de empresa sobre usos de este tipo de dispositivos una condición de canon determinante, sí relevante, pero no definitivo. En segundo lugar, siempre ha de darse una información específica previa, adaptada a la normativa de protección de datos, de modo que su ausencia debe ser excepcional. Finalmente, en todo caso, la proporcionalidad no debe ser abstracta, sino concreta, de modo que no suponga el sacrificio absoluto del derecho a la privacidad en aras de la mayor eficacia del poder empresarial, cuya legitimidad de "origen" -incluso constitucional- no se discute, pero sí se debe ponderar más seriamente la de ejercicio.

No nos resuelve esta sentencia de la sala social del TS la importante cuestión de los efectos de la nulidad de la prueba tecnológica en la calificación del despido, cuando medien otras pruebas que puedan acreditar la existencia de infracción. Una lástima, pues el caso concreto ofrecía una magnífica oportunidad para ello.

En efecto, la suplicación gallega había anulado la prueba tecnológica, pero no declaró la nulidad del despido, sólo su improcedencia. De haberse estimado vulnerado el derecho fundamental también por la sala social del TS, tendría que haber entrado en dicha cuestión. La rehabilitación de la prueba tecnológica impide obtener respuesta a este importante aspecto de la temática que, como hemos visto, no tiene una respuesta uniforme en suplicación y, en consecuencia, exigirá, más pronto que tarde, de una intervención unificadora, ya que "…no existe jurisprudencia unificadora ni opinión judicial ni doctrinal unánime".

Hemos visto, al respecto, cómo la STSJ Castilla-La Mancha, 25/2018, de 12 de enero, que recoge otras precedentes, contando ya con sentencias posteriores dirigidas en un mismo sentido, asume la doctrina de la nulidad sólo de la prueba que viola el derecho fundamental. Pero la sala de suplicación vasca, desde 2011 hasta hoy, se inclina por la doctrina de la doble nulidad -de la prueba y del despido-, si bien no suele incluir la indemnización adicional. Una medida de justicia resarcitoria y disuasoria ex art. 183 LRJS que sí incorporan recientes sentencias de instancia, que aplican la contemporánea jurisprudencia social: la violación de un derecho fundamental conlleva automáticamente indemnización, fijándose la cuantía conforme al "baremo sancionador", si no media lesión biológica (ej.: SJS

Madrid n. 19, 453/2017, 17 de noviembre, que recuerda, para la cuantificación del daño, el deber de ponderar un criterio legal -indemnización íntegra y disuasoria- y otro jurisprudencial -resarcimiento automático y validez del recurso a la norma sobre infracciones y sanciones para su determinación prudencial[27]-)

A mi juicio, es evidente que la vulneración del derecho fundamental a través de pruebas tecnológicas contrarias a la privacidad de los trabajadores exige reparación específica, a través, cuando menos, de indemnización, también por la función disuasoria de la misma ex art. 183 LRJS. Más complejo es dar respuesta a si tal nulidad de la prueba contamina toda la decisión extintiva. Por lo que aquí más interesa, el impacto de la jurisprudencia del TEDH, parece claro que ésta se orienta a reconocer una indemnización por daño moral -pírrica, lamentablemente-, sin perjudicar la suerte del resto del proceso, como el *caso Ribalta* enseña claramente.

5. IMPACTO DEL TEDH EN EL LEGISLADOR PROYECTADO: LA CARTA DE "CIUDADANÍA LABORAL DIGITAL RESPONSABLE"

Si las novedades de la jurisprudencia del TEDH en materia de privacidad del trabajador son manifiestas, y los contrastes con la jurisprudencia nacional también -aún menor de lo que reivindican ciertas posiciones maximalistas-, pero el TS se resiste al más mínimo reajuste de su Derecho de precedentes, por estimarlo conforme con aquélla *¿no debe ser el tiempo del legislador para convertir la nueva palabra jurisprudencial del TEDH en palabra de ley nacional, tan augurada doctrinalmente (idealismo) como ausente (realismo jurídico)*? ¿No ha llegado la hora esa anhelada intervención legal, que ponga fin a la función de suplencia jurisprudencial, modernizando nuestro Derecho legislado, corrigiendo las múltiples lagunas y contradicciones persistentes, aumentando la seguridad jurídica del Derecho de precedentes, cada vez más imprevisible?

Sin entrar ahora en la mayor o menor dosis de realismo, o al contrario de falacia, de este análisis[28], que parece fiar siempre las soluciones de todos los problemas a un legislador mesiánico y completo, casi taumatúrgico, que todo lo vería, lo sabría y lo resolvería con su acción, cuando es bien sabido que ni la calidad de

[27] Para un completo e innovador análisis de esta evolución jurisprudencial, a cargo de diversos profesionales de la jurisdicción y la abogacía, así como de la academia científica, vid. el monográfico sobre "*Nuevos fragmentos de "justicia resarcitoria" en el orden social: persistentes lagunas y antinomias*". RTSS-CEF, N. 421, abril 2018, pp. 97-144

[28] Apela a ese legislador, tras asumir el contraste entre la doctrina constitucional y la del TEDH, Casas Baamonde, M.E. "*Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral*", Editorial Derecho de las Relaciones Laborales, febrero de 2018. De "idealismo utópico" habla, en cambio, Lousada Arochena, J.F. "Derecho fundamental a la protección de datos personales vs. Facultad empresarial de video-vigilancia". En AAVV (Dir. Efrén Borrajo). "Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo", La Ley, Madrid, 2015, p. 415.

las leyes de este tiempo suele brillar ni es suprimible el juicio valorativo inherente a toda interpretación, parece claro que ha llegado el día de tal intervención, imperativo de modernización inexcusable en nuestra era digital. Y para dar concreción práctica a este requerimiento legislativo resulta de interés referir al *proyectado art. 20 bis ET*, que la norma básica laboral incorporaría de ver finalmente la luz el Proyecto de Ley de protección de datos (LPDP), en la versión propuesta por su nuevo Título X, debido a la Enmienda del Grupo Socialista -hoy en el Gobierno-. En un solo precepto laboral se propone incluir una suerte de carta de derechos fundamentales de ciudadanía laboral digital responsable en las empresas, especificando en este ámbito los derechos de ciudadanía digital en general. Junto al reconocimiento del "derecho a la desconexión digital" -vinculado no sólo a la privacidad, sino también a la salud laboral-, tendría un especial protagonismo el "derecho a la intimidad digital" (arts. 86 y 88 proyectada nueva LPDP).

Aunque tampoco podemos entrar aquí en un aspecto tan relevante del futuro Derecho Legislado de protección de la privacidad del trabajador, sí es útil, incluso necesario, a fin de ponderar la verdadera innovación jurídica de esa regulación propuesta, de llegar a buen puerto (con la publicación de la norma tal y como ahora está tramitándose), compararla con la estudiada jurisprudencia del TEDH. Una comparación importante porque, a mi juicio, en línea con lo que sostiene un reciente y autorizado sector doctrinal[29], esta reforma legislativa no tendría más sentido que convertir en Derecho legislado lo que ahora es Derecho jurisprudencial, por obra y arte del TEDH. No sólo llama (1) a *una política*, mejor pactada, de usos socio-económicamente responsables de dispositivos digitales (GPS, cámaras de vigilancia, auditorías informáticas, etc.), mediante Códigos de Conducta incluidos en convenios, sino también a (2) un *deber de información previa* útil, tienen el código genético del TEDH, en particular de la *sentencia Barbulescu, sin perjuicio de eventuales excepciones en aras de la efectividad de los derechos de los empleadores* -libertad de empresa, tutela judicial efectiva-, según los precedentes *Köpke* y *Libert.*

Quizás pueda desilusionar la escasa ambición de esta reforma; pero no puede sorprender, porque la legislación sobre el mundo digital va a remolque no ya sólo de la realidad, sino también de la jurisprudencia. Uno de los retos más complejos planteados por esta nueva era es acompasar el ritmo del Derecho, habitualmente lento, y el del cambio tecnológico, usualmente vertiginoso, a fin de evitar que una norma nazca ya envejecida. Ciertamente, la protección de la privacidad del trabajador en el entorno de las tecnologías digitales (incluidas las redes sociales -web 2.0: toda utilidad o servicio de Internet sustentado en una base de datos que puede ser modificada por los usuarios, en su contenido y/o en su forma de presentarlos-), ocupan hoy un papel notable en la vida de un buen número de personas, por lo

[29] Vid. Miñarro Yanini, M. "La "Carta de derechos digitales" para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés". RTSS-CEF, 424, julio 2018, pp. 104-105.

tanto también de trabajadores, por lo que afecta de forma profunda a su esfera de privacidad, incluso de su mayor intimidad. En última instancia, las bases de datos en las que se basa corresponden a informaciones clásicamente protegidos por los derechos a la intimidad y a la propia imagen, como derechos inherentes a la personalidad, en el plano de las relaciones civiles, y como derechos fundamentales, en el plano de las relaciones de ciudadanía -no solo política, sino social-.

Por lo tanto, a una evolución más acelerada de las comunidades virtuales mayores riesgos también. Por enésima vez, la realidad se desarrolla ambivalente y el legislador no puede ser ajeno, aunque eso genere ambigüedad reguladora. De una oportunidad de reconstrucción de una suerte de ágora global para las personas, al modo de una gran plaza donde todas las personas actúan como ciudadanos libres, también, por tanto, responsables, participando en las decisiones y en la crítica (social, política, e incluso económica), cabe igualmente derivar hacia una "plaza de escarnio público", en el que junto a la crítica más visceral se produce también el máximo exhibicionismo (de la "*intimidad a la extimidad*"). La acumulación de datos personales en esas redes permite que sean procesados, a partir de "Big Data" para ir más allá, de modo que "se reconstruya la personalidad" (gustos, forma de pensar, capacidades, necesidades…), por lo tanto en todas sus facetas, también la laboral. A partir de ahí entraría en juego la "Web 2.0" (inteligente o semántica -añade contenidos propio a partir de los datos compartidos y procesados-)[30].

Quien "controla los datos personales" (información) no sólo controla el mercado (multiplicando de esta forma sus ganancias), sino que puede igualmente "controlar a las personas". El problema es que el "objeto de comercio" (mercancía) es nada menos que "informaciones pertenecientes a la esfera de la personalidad". Por lo tanto, a medida que crece la dependencia de un mayor número de personas de estos dispositivos o instrumentos tecnológicos (digitales) en las distintas facetas de la vida de la persona, privadas y laborales, diluyéndose la frontera, se hace necesaria una mayor capacitación de las personas en el manejo de esa información propia, a fin de facilitar el control personal y dificultar, en contrapartida, los malos usos, por supuesto también laborales[31]. Aunque este aspecto parece vincularse más con otro derecho fundamental, como es el derecho de crítica asociado a la libertad de expresión, a partir del cual también pueden desarrollarse atentados contra otros derechos fundamentales de la persona del trabajador (por ejemplo en la acoso moral digital o cibernético), los riesgos para la privacidad son evidentes, evidenciando *la vulnerabilidad de la identidad del usuario*[32].

[30] Vid. O`Reilly, T. "*Qué es Web 2.0. Patrones del diseño y modelos de negocio para la siguiente generación de software*". En Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación, 2004, pp.13-14.

[31] Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. Dictamen 5/2009, sobre las redes sociales en línea. CE, 2009: "*los riesgos visibles…de las redes sociales son solo la punta del iceberg*".

[32] Vid. AEPD-INTC. Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online, 2009.

De ahí la centralidad de la dimensión social -proactiva, no sólo negativa- de la vida privada del trabajador en la empresa acotada por el TEDH. En consecuencia, actuaría como un auténtico contrapoder frente al poder (no sólo de control) empresarial, creando sea mecanismos de auto-tutela (límites) sea obligaciones positivas (deberes de hacer) para el poder empresarial, y viceversa, naturalmente, en aras del inexorable, y complejo, equilibrio entre derechos e intereses legítimos, con clara trascendencia constitucional.

Esto pone en cuestión toda la doctrina constitucional y jurisprudencia nacionales sobre diversos aspectos de esta dimensión de la vida privada en el seno de las empresas y de las relaciones de trabajo que en su seno se contraen. Por supuesto, en relación a cómo han de jugar los "límites de los límites", esto es, la extensión y límites del poder de información empresarial sobre las conductas y capacidades de la persona de los trabajadores (vertiente negativa o deberes de respeto), pero también respecto de los márgenes de usos particulares de los medios de comunicación propiedad empresarial a fin de hacer realidad ese derecho a la vida en privado. En consecuencia, frente al juicio abstracto y laxo de proporcionalidad del poder de control empresarial se impondrá un juicio más concreto y constrictivo de proporcionalidad, al tiempo que, frente a la opción de prohibición absoluta de usos privados de tales medios propiedad de la empresa, se impondrá el derecho a usos sociales razonables de tales dispositivos, así como a utilizar, también de forma razonable, los propios ("BYOD").

Qué duda cabe que la dinámica protectora actual del derecho a la privacidad viene marcada por la evolución comunicativa digital. La conjunción de esta realidad (el plano de observación sociológica de las reglas) y de las reformas legales (el plano de observación normativa), a partir de la nueva valoración social de la cuestión de la protección de datos personales (el plano de observación axiológica), marcará una nueva etapa en la conformación del derecho al respeto de la vida privada y familiar. Y ello en su dimensión internacional (derecho humano), constitucional (derecho fundamental) y civil (derecho de la personalidad), hasta lograr una notable preferencia política y socio-económica, "*mucho más allá de la tradicional protección civil y penal de la esfera privada de una persona*"[33], en general, y del trabajador en particular.

6. LECTURAS SOCIALES "INDIRECTAS" DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TEDH SOBRE PRIVACIDAD

Si bien no podemos ir más allá en el análisis del impacto nacional del reciente Derecho de precedentes europeo sobre la protección de la privacidad del trabajador, tampoco se puede renunciar a dejar constancia de algunas otras manifesta-

[33] Vid. Orozco Pardo, G. *Comentario al artículo 7 CDFUE*. En AAVV (Dirección y Coordinación: Cristina Monereo Atienza- J.L. Monereo Pérez). *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la CDFUE*. Editorial Comares. Granada. 2012. p. 137.

ciones, aún indirectas, de la dimensión "social" de este derecho "civil". La fuerza expansiva del mismo puede comprobarse en la STEDH 26 de abril de 2018 (caso ČAKAREVIĆ v. CROACIA, reclamación n. 48921/13). Un trabajador croata, al que el servicio público de empleo reclamó ciertas prestaciones sociales indebidas, invoca para oponerse a tal acción pública de reintegro de prestación por desempleo -si bien realizada en vía civil- tanto "su derecho al disfrute pacífico de sus bienes" (derecho de propiedad), como "su derecho al respeto de su vida privada". Aunque el TEDH resuelve el asunto de forma favorable al trabajador en atención al derecho de propiedad -derecho patrimonial por antonomasia que ha consolidado una vertiente social determinante en el TEDH-, acepta plantear la cuestión también sobre el derecho a la privacidad, lo que negaba el gobierno croata, si bien no hace mayores consideraciones jurídicas porque entiende aplicables los mismos argumentos que para el derecho de propiedad que acaba de proteger[34].

Más interés práctico presenta el uso social expansivo que de este derecho civil y de su jurisprudencia europea ha hecho la sala social del TS español, en contra de la interpretación de su sala civil (STS, 1ª, 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012), para las prestaciones de seguridad social -y los correlativos permisos parentales en las relaciones de trabajo- de "maternidad subrogada". Si bien el TEDH acepta la legitimidad de la prohibición de este tipo de maternidad, validando las normas nacionales que la prohíben y las prácticas administrativas que impiden consolidar este tipo de vínculos familiares (STEDH de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli contra Italia), siempre y cuando quede garantizada la protección del interés superior del menor (a través, por ej., de la adopción o la acogida), la sala social del TS ha dado -incomprensiblemente- una lectura social maximalista a esta jurisprudencia y deriva la necesidad de equiparar su protección en el ámbito social (últimamente STS, 4ª, 347/2018, 22 de marzo).

Desde el prisma que aquí interesa, la relación de esta cuestión con el derecho a la protección de la vida privada y familiar ex art. 8 CEDH, el presupuesto fundamental seguido por la jurisprudencia nacional se concreta, erradamente, del siguiente modo:

"Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el art. 8 CEDH… designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella» (art. 3.1 del Código Civil -CC -)".

[34] El TEDH no duda en darle la protección asentada en el derecho a la propiedad, porque, debiéndose el percibo indebido a una decisión administrativa errónea, para la que no hay contribución alguna del actuar del perceptor, la revocación necesaria para el interés general debe dirigirse hacia el futuro (ex nunc), pero no hacia el pasado (ex tunc), pues tiene una expectativa legítima de conservación, en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (protección de la confianza legítima y del estado de necesidad -y de salud-).

A partir de este razonamiento -que en nada tiene que ver con la jurisprudencia del TEDH, como se acaba de mencionar, que rechaza identificar el interés superior del menor con mantener la relación de maternidad subrogada-, concluye -también de una forma incorrecta, a mi juicio- un mandato de trato igual de la maternidad subrogada en relación a la maternidad -natural o jurídica-, pues "… con independencia de que la maternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas", pugnaría:

"…con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores…" (FJ Segundo, punto 2, 2º in fine).

Pero ¿qué lógica tan primaria es esa que no admite discusión? Recuérdese que el Derecho español prohíbe esa modalidad de gestación (nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución ex art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo), y que lo protegido es el cuidado del menor, no el modo concreto de llevarlo a cabo. Quizás no está de más recordarle a la Sala social del TS lo que realmente la Gran Sala del TEDH -que aquélla no se digna referir, ignorando este precedente por completo- ha dicho a este respecto:

"…no se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley"

En este planteamiento es unánime el TEDH. Varios votos concurrentes añaden, además, desde un plano más axiológico, al tiempo que realista:

"la maternidad subrogada, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de los contratantes, y no como fines en sí mismos".

Tampoco aquí se ajusta la sala social del TS a la jurisprudencia europea más reciente en materia, aunque en este caso tenga un sentido "proteccionista", falsamente "progresista". En todo caso, sí sirve para ilustrar la capacidad expansiva e innovadora en lo socio-laboral de este clásico derecho civil

7. EPITOME: EN BUSCA -PERMANENTE- DEL JUSTO EQUILIBRIO

Pero tradicional, clásico o moderno, una realidad es incuestionable: tanto la legislación como la jurisprudencia están llamados a procurar la "justa conciliación" entre la protección de los derechos fundamentales (en este caso a la privacidad) y los beneficios económicos del desarrollo tecnológico, también en la gestión laboral. De ahí, la necesidad más de perfeccionamiento que de profunda renovación de los conceptos jurídicos. La era digital realiza un "nuevo contexto" para "viejos" derechos, añadiéndole nuevas vertientes, pero sin que por ello lleve

a una "revolución" en el arsenal de conceptos y métodos jurídicos. Entre ellos está la técnica de la ponderación de derechos, tan sabia y prudentemente desarrollada por el TEDH en esta materia.

Cierto, ponderar derechos y libertades fundamentales -entre las que están hoy la propiedad y la libertad de empresa, guste más o menos a los laboralistas- no es tarea fácil respecto de derechos como la privacidad, complicándose mucho más cuando se trata de contextos complejos y singulares, como el laboral. Por eso, la función judicial siempre consistirá, diga lo que diga concretamente el Derecho Legislado, en hallar, para cada caso, el justo equilibrio entre tales derechos fundamentales. Por supuesto, los jueces deben conocer mejor qué alcance tienen los desarrollos tecnológicos, para evitar resolver identificando sin más la nueva realidad virtual como si fuese solo equivalente a la analógica precedente (los archivos del ordenador como si fuesen archivos en papel). Pero también deben asumir nuevos usos sociales (incluidos los privados y familiares) que derivan de tal desarrollo respecto de los dispositivos tecnológicos productivos. De ahí la necesidad de más diálogo y cooperación y menos conflicto -entre tribunales[35]-.

[35] Vid. A. LAZARI. «El paradigma conceptual de los jueces tejedores», en J. DIEZ-HOCHLEITNER y otros (coord.). Últimas tendencias en la jurisprudencia del TJUE (2008-2011), La Ley, Madrid, 2012, pp. 209-236.

EL ALCANCE DEL DERECHO AL RESPETO DE LA CORRESPONDENCIA DEL TRABAJADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Federico Navarro Nieto
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO **Palabras Clave**: Respeto de la correspondencia, derecho del trabajador, poder de control empresarial, TEDH

El artículo tiene como objeto el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el respeto de la correspondencia recogido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El estudio parte de la expansión del concepto de correspondencia de la mencionada norma en la jurisprudencia, hasta abarcar los medios telemáticos de comunicación en la empresa y aborda el estudio de la doctrina del TEDH sobre la privacidad de las comunicaciones en las relaciones laborales, centrándose en la STEDH (Gran Sala) 5-9-2017, *asunto Barbulescu*. La sentencia estima que la mera prohibición no justifica el sacrificio puro y duro de la privacidad de las comunicaciones del trabajador, pero entiende legitimas las injerencias empresariales en la medida en que su política al efecto supere el test de legitimidad que el propio Tribunal establece. Esta sentencia supone un avance en la clarificación de criterios a tener en cuenta en la aplicación del art. 8 CEDH, pero se trata de un avance que conviene relativizar teniendo en cuenta que, al margen de esta sentencia, el TEDH considera necesario valorar las decisiones impugnadas a la luz del conjunto de la causa y respetar el margen de apreciación del que disponen los tribunales nacionales, bastando al Tribunal con que la argumentación de los mismos sea pertinente y suficiente.

ABSTRACT **Key Words**: Respect of the correspondence, worker's right, power of corporate control, ECHR

The article aims to study the jurisprudence of the European Court of human rights on respect of the correspondence contained in article 8 of the European Convention on human rights. Study part of the expansion of the concept of the mentioned standard correspondence in jurisprudence, to encompass the telematic media company and deals with the study of the doctrine of the ECHR on the privacy of communications in the labour relations, focusing on the STEDH (Great Hall) 9-5-2017, Barbulescu affair. The statement estimated that the mere prohibition does not justify the pure sacrifice of worker communications privacy, but understands legitimate business meddling in so far as its policy to effect exceeds the test of legitimacy that the Court sets. This statement represents a breakthrough in the clarification of criteria to be considered in the application of article 8 ECHR, but it's a step forward that should be relative bearing in mind that, aside from this ruling, the ECHR considers it necessary to rating decisions challenged in the light of the whole of the cause and to respect the margin of appreciation which have national courts, sufficing to the Court with the same argumentation is relevant and sufficient.

 Recepción de original: 23.07.2018. Aceptación: 30.07.2018

ÍNDICE

1. Introduccion
2. La garantía de la privacidad de las comunicaciones en el Art. 8 CEDH
3. El supuesto amparado por el Art. 8.1. Una ampliación del concepto de correspondencia
4. La extensión de las garantías del Art. 8.1 al ambito de las relaciones laborales
5. ¿Es legítima una política de gestión empresarial que dispone discrecionalmente los términos de uso de los dispositivos electrónicos con fines personales?
6. Garantías en la intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia del TEDH. El test de legitimidad de la STEDH (gran sala) 5-9-2017, Asunto Barbulescu
   6.1. Justificación para la injerencia
   6.2. Respeto del principio de proporcionalidad
   6.3. Garantías procedimentales (principio de trasparencia)
7. Sobre la operatividad del canon o test de legitimidad de la sentencia barbulescu y el margen de apreciación de los tribunales nacionales

1. INTRODUCCION

La capacidad que ofrece hoy día la tecnología para la monitorización empresarial de las comunicaciones del trabajador y el tratamiento de los datos personales deducibles de las mismas en el entorno laboral supone un evidente riesgo para los derechos fundamentales de aquel y la necesidad creciente de una regulación que reduzca o minimice tales riesgos. Como destaca el Considerando 6 del nuevo Reglamento de la UE 2016/679/UE, en materia de protección de datos (en adelante, RGPD), "la tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades". En el ámbito de la empresa estas nuevas tecnologías multiplican los riesgos de intrusiones en la vida privada del trabajador.

Una aproximación al uso de internet en el trabajo centrado en los derechos del hombre exige un marco regulador interno transparente, una política de puesta en marcha coherente y una estrategia de aplicación por los empleadores proporcionada a los objetivos pretendidos, pero lo cierto es que las regulaciones estatales son dispersas o inexistentes en la materia en estudio y las políticas y protocolos empresariales están en estado embrionario [1]. En este contexto, la problemática de la tutela de la privacidad del trabajador en el ámbito laboral, y en particular el

[1] Muy didáctico al respecto el acercamiento a las políticas de empresa de E. M. Blázquez Agudo, *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Ed. W. Kluwer, 2018, pág. 169 y sigs.

respeto de su correspondencia, debe contemplarse hoy a partir del enfoque de la jurisprudencia del TEDH.

La relevancia de esta jurisprudencia referida al art. 8 CEDH se deduce claramente del eco que ha tenido en el derecho de la UE. Recuérdese que el art. 6.2 TUE indica que la UE respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH, y téngase en cuanta también que el art. 7 de la CDFUE sigue las principales líneas trazadas por el concepto de secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH. La doctrina del TJUE sobre el derecho a la vida privada, por su parte, toma como referencia la doctrina del TEDH referente al art. 8 CEDH [2]. También aquella doctrina ha influido en la interpretación del alcance del art. 18.3 CE, a través de nuestra jurisprudencia interna, y ello debe ser resaltado en un sistema jurídico como el español, que, más allá de un marco genérico sobre los poderes de control y vigilancia empresarial (art. 20.3 ET), se encuentra entre los ámbitos jurídicos nacionales que no cuenta con una regulación legal específica de la materia y donde la interiorización en el contrato de trabajo de los derechos fundamentales es fruto de la jurisprudencia constitucional [3].

El enfoque del Tribunal Europeo es significativo teniendo en cuenta además, como he apuntado, la dispersión del tratamiento en los distintos sistemas nacionales y también que la existencia del RGPD aunque facilita una uniformidad básica entre los Estados miembros de la UE (véase el Considerando 10), no prevé una regulación en materia de protección de datos en las relaciones laborales, limitándose en su art. 88 a facultar a los Estados para establecer una regulación específica, dejándoles un amplio margen discrecional en la materia.

A la relevancia de la doctrina del TEDH para la fijación de criterios normativos básicos sobre los derechos a la privacidad del trabajador en el lugar de trabajo, hay que añadir la importancia también por su función uniformadora básica en este mismo terreno de la Recomendación CM/Rec(2015)5 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del empleo, en interpretación del art. 8 CEDH (en adelante, Recomendación 2015, Ministros Consejo de Europa) y también con una función interpretativa complementaria en nuestra temática los documentos de trabajo y dictámenes del Grupo de Trabajo 29 (*art. 29 Working Party*) en interpretación de la derogada Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

[2] J. L. Piñar Mañas y M. Recio Gallo, *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Ed. W. Kluwer, 2018, págs. 25-26.

[3] M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Contrato de trabajo e intimidad del trabajador*, Universidad de Huelva, 2004, pág. 7-8.

2. LA GARANTÍA DE LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES EN EL ART. 8 CEDH

El derecho al secreto de las comunicaciones, junto con la protección de la vida privada, constituye un bien jurídico de primer orden en el constitucionalismo moderno y en los instrumentos internacionales sobre derechos (DUDH de 1948, art. 12; PIDCP de 1966, art. 1; CEDH, art. 8), que, como derechos de libertad, aparecen vinculados a la dignidad de la persona. No en vano, la CDFUE agrupa estos derechos en el Capítulo II, sobre "Libertades". Aquellos bienes jurídicos protegidos confluyen en un bien jurídico más amplio, la llamada *privacy*, esto es, el derecho a la privacidad, que se configura como una macrocategoría que expresa "la voluntad de excluir a una generalidad de personas del conocimiento de determinadas informaciones", abarcando una constelación de derechos [4]. Esta confluencia es evidente hoy en el mundo de las comunicaciones telemáticas donde se produce una clara imbricación entre el derecho a la intimidad, a la protección de datos y al secreto de las comunicaciones. Pero estas consideraciones sobre la interrelación de derechos no permiten la indiferenciación entre ellos; de hecho, la mención normativa expresa de aspectos parciales inherentes a la *privacy* en el art. 8 CEDH subraya la relevancia de cada uno de esos bienes jurídicos particulares para una garantía efectiva y cualitativa de la vida privada [5].

El derecho al respeto de la correspondencia, amparado por el art. 8 CEDH, tutela la libertad de las comunicaciones y el secreto de las mismas. La configuración de este derecho en el constitucionalismo contemporáneo y en las normas internacionales se dirige a la protección de un objeto, la libertad individual de comunicación, cuya eficacia se tutela con una garantía, el secreto de las comunicaciones, que va acompañada de la regulación de excepciones; previsiones éstas que se dirigen a dar certeza y seguridad jurídica en el disfrute de aquella libertad individual, evitando injerencias arbitrarias en la misma [6]. El derecho protege la comunicación como "todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico" [7]. El principal rasgo característico del secreto de las comunicaciones, que lo distingue de otros derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad), es su configuración como una garantía formal, de impenetrabilidad de las comunicaciones en cuanto tal para terceros, públicos o privados. La garantía del secreto no tiene nada que ver con su contenido ni con el hecho de que lo comunica-

[4] C. Colaprieto, "*Tutela della dignitá e riservatezza del lavoratore nell'uso delle tecnologie digitali per finalità di lavoro*", en GDLRI, nº 155, 2017, 3, págs. 445 y 448; X. Arzoz, "*Comentario al art. 8 CEDH*", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, Iñaki Lasagabaster Herrarte (director), Civitas Thomson Reuters, 2015 pág. 339-340.

[5] X. Arzoz, "*Comentario al art. 8 CEDH*", cit. pág. 340.

[6] J. Jiménez Campos, "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*", REDC, nº 20, 1987, págs. 41-42.

[7] J. Jiménez Campos, "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*", cit. pág. 42.

do forme parte o no de la intimidad del individuo, y este dato es relevante dada la experiencia normativa, donde estos derechos aparecen enunciados conjuntamente por la norma, como es el caso del art. 8 CEDH [8].

En principio, la garantía de la privacidad de las comunicaciones se refiere al proceso mismo de comunicación, de forma que una vez cerrado éste la protección de la documentación del mensaje quedaría fuera del mismo y en su caso dentro del derecho a la intimidad o a la protección de datos [9]. Pero el ámbito objetivo de protección de la libertad de comunicación no es tan nítido. Conforme a la doctrina del TEDH, de la que se hace eco el TC español, se protege tanto el "soporte", como el "mensaje"; y también otros datos de la comunicación como el momento, la duración o la identidad de los comunicantes [10]. El derecho, pues, "puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo" (STC 241/2012, FJ 4) [11].

De esta forma, en el caso de la mensajería electrónica, los archivos o listado de correos enviados o recibidos están amparados por el derecho a la intimidad o a la protección de datos de carácter personal [12], pero en la medida en que permiten tener conocimiento de la comunicación en curso o realizada, de algunos de sus elementos externos o de los interlocutores, también están amparados por la privacidad de las comunicaciones [13]. De hecho, la injerencia en los archivos de las

[8] J. Jiménez Campos, op. cit. pág. 41-42; T. Martínez Montañez, "*Articulo 18.3. El secreto de las comunicaciones*", en *Comentarios a la Constitución Española*, Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), Ed. Wolters Klumer, 2008, pág. 442-443.

[9] J. Jiménez Campos, op. cit., pág. 44.

[10] L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Thomson Civitas, 4ª ed., 2013, pág. 306.

[11] Como recuerda la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) 10-12-2015, núm. 864/2015, es doctrina consolidada del TC y de la Sala del TS, acogiendo a su vez la doctrina del TEDH, que "el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto -aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación del proceso de comunicación- como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado -apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo-. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores".

[12] Como se observa en la STC 241/2012, FJ 4, "la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan otros derechos".

[13] De forma que "el concepto de secreto de la comunicación, cuando opera, cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva

comunicaciones de los trabajadores mediante el acceso al ordenador en que están depositados es considerado por el TC como supuesto con relevancia constitucional al amparo del art. 18.3 CE en las SSTC 241/2012 y 170/2013.

El TEDH recuerda que la utilización de información relativa a la fecha y duración de las conversaciones telefónicas y en particular los números marcados, puede plantear un problema en relación con el artículo 8, ya que dicha información es «parte de las comunicaciones telefónicas» (STEDH 3-4-2007, *asunto Copland contra Reino Unido*, ap. 43). Más claramente en la sentencia STEDH (Gran Sala) 5-9-2017, *asunto Barbulescu contra Rumani*a, como veremos, se subraya la relevancia, desde la perspectiva del respeto de las comunicaciones, de las injerencias en los contenidos de la mensajería electrónica. Esta orientación ampliatoria de la protección de las comunicaciones es avalada también en los documentos del Consejo de Europa interpretativos del alcance del art. 8 CEDH [14].

La garantía de no injerencia admite graduaciones dependiendo del soporte técnico empleado, de manera que interceptar un mensaje sin violentar o manipular el soporte no supone una injerencia [15]. En este sentido, la garantía de la privacidad de las comunicaciones requiere que se realicen en condiciones donde exista una expectativa razonable de privacidad, de ahí la exclusión de la protección para conversaciones orales en la vía pública o mediante comunicaciones telemáticas abiertas al público [16]. En el caso de la STC 241/2012, se estima que la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional por la posibilidad de uso común del ordenador por todos los empleados, lo que permite considerar que la información archivada en el disco duro era accesible a todos los trabajadores (FJ 6) [17].

Como hemos indicado, el bien jurídico que da sentido al secreto de las comunicaciones es el de la *libertad para comunicarse*. Como apunta nuestro TC, en relación con el art. 18.3 CE, "el derecho fundamental consagra la libertad de las

de los interlocutores, por lo que este derecho queda afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil" (STC 241/2012, FJ 4).

[14] Así la Recomendación 2015, Ministros Consejo de Europa considera que del art. 8 CEDH cabe deducir el principio de que el secreto de las comunicaciones abarca las comunicaciones en el puesto de trabajo, tanto los correos electrónicos, como los archivos adjuntos a los mismos (pág. 9).

[15] L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. págs. 306-307.

[16] F. Rivero Sánchez-Covisa, *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Ed. Dykinson, 2017, pág. 186.

[17] Aunque es interesante la observación contenida en el voto particular a esta sentencia del magistrado Valdés Dal-Ré, que cuestiona esta aseveración, argumentando que "el proceso de reparto a domicilio de la correspondencia postal o su entrega mediante un sistema de casilleros abiertos —tan usual en ciertos ámbitos— no autoriza a nadie a abrir y leer las cartas que reparte o que encuentra depositadas en el casillero de otra persona, aunque sea perfectamente factible, nadie está tampoco autorizado a abrir los archivos de correo electrónico o de mensajería de otro, siempre que puedan ser identificados como tales, como era el caso, por más que el acceso sea posible al encontrarse los archivos desprotegidos y en un ordenador de uso común. Más allá de las precauciones que cada usuario pueda adoptar, debe afirmarse que quien abre un enlace o un archivo informático teniendo constancia de que contiene datos de las comunicaciones ajenas no hace nada diferente de quien abre una carta dirigida a otra persona" (FJ 4).

comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas" (STC 114/1984, FJ 7). Por otra parte, este bien jurídico no incluye *el derecho* al "medio" o al "soporte técnico" a través del que realizar la comunicación, que desde esta óptica podría concebirse como obligación o carga para terceros [18]. La libertad de comunicación tiene como principal destinatario a los poderes públicos, imponiendo tradicionalmente una obligación negativa de no injerencia, pero sin llegar a establecer obligaciones positivas de hacer, salvo en lo referente a la garantía misma de esa libertad individual. Este mismo planteamiento es trasladable a las relaciones interprivadas, como veremos.

Por otro lado, la expectativa de inmunidad frente a injerencias en la libertad de comunicación depende en su alcance de los términos de disfrute de la misma, que puede quedar condicionada, como hemos indicado, por los soportes de los que dispone el individuo y también por la existencia de otros bienes y derechos dignos de protección. El ámbito por tanto de garantía de la libertad de comunicación es una cuestión y otra distinta es que, existiendo dicha libertad en los términos que sean, se protege su disfrute mediante el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo injerencias justificadas ex art. 8.2 CEDH.

Es importante subrayar, en el contexto de la llamada *privacy*, que las garantías del secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH se han enriquecido a partir de una normativa sobre protección de datos que amplía sus garantías a la protección de las comunicaciones electrónicas. Las normas y documentos internacionales y de la UE dedicados a la protección de datos, con un importante desarrollo en las últimas décadas, incluyen expresamente reglas o recomendaciones sobre protección de las comunicaciones electrónicas [19]. Muy significativa al respecto es la CDFUE. Con sus arts. 7 (respeto de la vida privada y familiar) y 8 (protección de datos personales) sigue las principales líneas trazadas por el concepto de secreto de las comunicaciones del art. 8 CEDH; pero se ha enriquecido de las orientaciones de la nueva generación de normas de secreto de las comunicaciones, incorporando las comunicaciones electrónicas con la misma protección que las comunicaciones tradicionales. De forma que el art. 8 CDFUE complementa sustancialmente la previsión del art. 7, con particular relevancia en la monitorización de la correspondencia electrónica [20].

[18] J. Jiménez Campos, "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*", cit. pág. 51.

[19] El Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT, sobre la protección de datos personales de los trabajadores, que la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) elaboró en 1997, dedica su apartado 6.14 a la protección de los trabajadores en supuestos de medidas empresariales de vigilancia. La Recomendación 2015, Ministros Consejo de Europa, dedica su Parte II (Ap. 14) a la vigilancia empresarial de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo. El Documento de trabajo GT 29, 2002, formula una serie de conclusiones sobre la aplicación a las comunicaciones electrónicas de los principios aplicables a la protección de datos de la Directiva 95/46/CE.

[20] Véase, Documento de trabajo GT 29, 2002, pág. 10, También el Dictamen 2/2017 del GT29, sobre el tratamiento de datos en el trabajo, WP 249 (en adelante, Dictamen 2/2017 del GT29) adopta la misma perspectiva, adaptando las conclusiones de 2002.

Esta conexión del derecho al respeto de la libertad de las comunicaciones y la protección de datos es una nota destacable en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu* [21]. Desde luego, es constatable en esta sentencia, como veremos, un trasvase de los criterios de la normativa de protección de datos a la protección de las comunicaciones del trabajador. Precisamente, en el *asunto Barbulescu* se utiliza como base jurídica el conjunto de normas y documentos internacionales y de la UE dedicados a la protección de datos en el asunto abordado [22]. En una sentencia posterior, el TEDH introduce una consideración muy importante a partir de la normativa sobre protección de datos y su conexión con el derecho a la privacidad del trabajador. Concretamente, la STEDH 9-1-2018, *asunto López Ribalda y otros contra España*, ap. 67, indica que "en una situación donde se hallaba claramente regulado y protegido por ley el derecho del sujeto de observación a ser informado de la existencia, objetivo y modo de la videovigilancia encubierta, las demandantes tenían una expectativa razonable de respeto a su privacidad". Es decir, la regulación de la *privacy* implica *ab initio* una garantía de la expectativa de privacidad. Y esta afirmación puede trasladarse sin especiales obstáculos jurídicos al derecho de no injerencia en las comunicaciones en el puesto de trabajo.

3. EL SUPUESTO AMPARADO POR EL ART. 8.1. UNA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CORRESPONDENCIA

El artículo 8 CEDH, referido al "Derecho al respeto a la vida privada y familiar", prevé en su aparado 1º que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". El TEDH afronta la protección de la privacidad de las comunicaciones, amparada en el art. 8.1 CEDH, a partir de lo que podemos llamar el test del Convenio, que incluye dos momentos sucesivos de enjuiciamiento. En primer lugar, la aplicabilidad del art. 8 del Convenio al supuesto de hecho planteado; en segundo lugar, verificar la existencia de una injerencia en el derecho y la existencia o no de un fundamento al respecto; esencialmente, la existencia de una previsión legal, un fin legítimo, y el respeto del principio de proporcionalidad. Nuestro TC acoge esta metodología del TEDH de forma inequívoca y constante desde un primer momento. Señala con carácter general que las garantías de toda intervención de las comunicaciones requieren una previsión legal precisa, acompañada de una autorización judicial, que responda a un fin constitucionalmente legítimo y respete el principio de proporcionalidad (que la medida sea idónea e imprescindible para la finalidad pretendida) (SSTC 49/1999 y 184/2003) [23].

[21] J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional*", en Revista *Trabajo y Derecho*, nº 40, abril, 2018, págs. 14-16.

[22] J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador…",* cit. pág. 15.

[23] L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, cit. págs. 299-300; T. Martínez Montañez, "*Articulo 18.3. El secreto de las comunicaciones*", cit. pág. 444 y sigs.

Por tanto, la primera cuestión a la que se enfrenta el TEDH es la delimitación del supuesto tutelado por el art. 8 CEDH. En este sentido, el Tribunal ha ido reforzando la efectividad de la norma en las relaciones laborales mediante una ampliación del concepto de vida privada y de correspondencia. Por lo que respecta al primer concepto, se puede decir sintéticamente que el TEDH evoluciona hacia una noción amplia de "vida privada" que "no se presta a una definición exhaustiva" (STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, ap. 70). Este enfoque viene favorecido por la ausencia de una definición precisa del derecho al respeto de la vida privada, con la virtualidad expansiva de tutela que exige la creciente capacidad tecnológica de control social en la vida de los Estados contemporáneos [24].

El Tribunal reconoce que toda persona tiene derecho a una vida privada, lejos de la injerencia no deseada de otros y considera que sería demasiado restrictivo limitar la noción de "vida privada" a un "círculo íntimo" en el que cada uno pueda vivir su vida personal como quiera y excluir completamente al mundo exterior de este círculo (STEDH 16-12-1992, *asunto Niemietz contra Alemania*). Así, el artículo 8 garantiza un derecho a la "vida privada" en sentido amplio, que incluye el derecho a realizar una "vida privada social", es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social (STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, ap. 70). Esta identidad social puede incluir actividades de naturaleza comercial, profesional o laboral. El TEDH señala en este punto que "es en el marco de la vida laboral donde la mayoría de la gente tiene muchas, si no la mayoría, de las oportunidades para fortalecer sus lazos con el mundo exterior" (STEDH 16-12-1992, *asunto Niemietz contra Alemania*, ap. 29).

De forma que la vida laboral puede entenderse implícita en este concepto amplio de vida privada, y por tanto puede incluirse en el artículo 8 CEDH, porque repercute en la forma en que el trabajador forja su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros con motivo de su prestación laboral. Además, el Tribunal admite que, en el ámbito de las relaciones laborales y en determinadas circunstancias, sean considerados como contenido de "su vida privada" los datos no profesionales del trabajador, es decir, datos claramente identificados como privados y archivados por un empleado en un equipo puesto a su disposición por su empleador para el desempeño de sus funciones (STEDH 22-2-2018, *asunto Libert contra Francia*).

En lo que nos interesa, el TEDH también avanza hacia una interpretación amplia de la noción de "correspondencia" del art. 8. El Tribunal viene a afirmar un concepto funcional y no literal de la noción, que incluye la comunicación individual a través de cualquier soporte [25]. Por otra parte, con la STEDH 25-6-1997, *asunto Halford contra Reino Unido*, también se incluyen las comunicaciones realizadas desde el ámbito profesional o laboral. Se afirma en esta sentencia que «las

[24] X. Arzoz, "*Comentario al art. 8 CEDH*", cit. pág. 344.

[25] X. Arzoz, "*Comentario al art. 8 CEDH*", cit. págs. 425-427.

llamadas telefónicas realizadas desde establecimientos comerciales, así como desde el hogar pueden estar contempladas en los conceptos de "vida privada" y "correspondencia" en el sentido del artículo 8, apartado 1 [del Convenio]» (ap. 32). En la STEDH 3-4-2007, *asunto Copland contra Reino Unido*, ap. 41 y 45, el Tribunal afirma que los correos electrónicos enviados desde establecimientos comerciales y la información derivada del control del uso de Internet pueden formar parte de la vida privada y la correspondencia de un trabajador.

También la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu* (ap. 72), considera que esta doctrina es igualmente aplicable cuando tales comunicaciones se originan o se reciben en los puestos de trabajo. en particular mediante los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo. Para el TEDH, en suma, el tipo de mensajería instantánea en Internet no es otra cosa que una forma de comunicación que forma parte del ejercicio de la intimidad social y la noción de "correspondencia" se aplica al envío y recepción de mensajes, incluso desde el ordenador de la empresa empleadora (STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, ap. 74; STEDH 22-2-2018, *asunto Libert contra Francia*, ap. 24).

4. LA EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL ART. 8.1 AL AMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

Junto a este enfoque expansivo del concepto de correspondencia, que se extiende ahora a las comunicaciones electrónicas, la efectividad del CEDH en el ámbito laboral se refuerza a partir de la doctrina elaborada por el TEDH sobre el efecto horizontal de sus normas en la protección de derechos y libertades fundamentales.

La protección del secreto de las comunicaciones constituye un elemento central en la articulación normativa de la *libertad de los modernos*, garantizando un ámbito de inmunidad del individuo frente al Estado [26]. Desde esta óptica clásica, el CEDH identifica al Estado como destinatario del cumplimiento de sus prescripciones normativas, siendo directa su responsabilidad por los incumplimientos de entidades públicas del Estado. Pero ampliando esta perspectiva tradicional, la doctrina del TEDH también afirma una responsabilidad del mismo, aunque sea indirectamente, por las acciones de personas o entidades privadas. De manera que, junto a las obligaciones negativas de abstención del Estado (de no injerencia arbitraria en los derechos de los individuos) [27], cabe identificar también obligaciones positivas del mismo de cara a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales en las relaciones interprivadas. Como sintetiza la STEDH 9-1-2018,

[26] J. Jiménez Campos, "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*", cit. pág. 35-36.

[27] Perspectiva adoptada en la STEDH 22-2-2018, *asunto Libert contra Francia*.

asunto López Ribalda y otros contra España: "a pesar de que el propósito del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias del poder público, el Estado no debe simplemente abstenerse de tal injerencia: además de este compromiso primordialmente negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto por la vida privada. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí" (ap. 60).

En el ámbito de las relaciones laborales, la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, llama la atención sobre el hecho de que pocos Estados miembros del Consejo de Europa se han manifestado explícitamente sobre el derecho de los trabajadores al respeto de su vida privada y de su correspondencia en su puesto de trabajo (apartado 52). Por otra parte, el Tribunal parte de la consideración de que se debe otorgar a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad para valorar la necesidad de adoptar un marco jurídico que establezca las condiciones en las que una empresa puede adoptar una política que regule las comunicaciones no profesionales, electrónicas u otro, de sus empleados en su lugar de trabajo (ap. 118).

En este contexto de déficit regulatorio, el TEDH enfatiza que el derecho a la vida privada y al respeto de las comunicaciones se dirige, como derecho de protección, no sólo frente al legislador o la Administración, sino también frente a los jueces, que en la resolución judicial de un conflicto interprivados deben proteger de manera efectiva el interés del particular respecto de aquellos derechos [28]. De forma que, como observamos en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, incurre en responsabilidad el Estado cuando sus tribunales aprecian la regularidad de un despido disciplinario del trabajador que, en opinión del Tribunal Europeo, ha tenido lugar con violación del secreto de las comunicaciones tutelado por el art. 8 CEDH (ap. 110).

5. ¿ES LEGÍTIMA UNA POLÍTICA DE GESTIÓN EMPRESARIAL QUE DISPONE DISCRECIONALMENTE LOS TÉRMINOS DE USO DE LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS CON FINES PERSONALES?

Situándonos en el ámbito de nuestro derecho interno, conviene partir de la idea de que el poder de dirección del empresario, reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE, y amparado legalmente en el art. 20.3 ET, atribuye a aquel la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, debiendo salvaguardarse en su adopción y aplicación la consi-

[28] Sobre esta jurisprudencia, D. Sarmiento, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Thomson Aranzadi, 2007, págs. 67-68.

deración debida a su dignidad humana. Esos poderes de vigilancia y control no se refieren a los resultados de la actividad laboral, sino al desarrollo de la actividad y a la conducta del trabajador [29]. Pero en la dogmática sobre derechos fundamentales y relación laboral se parte del axioma de la interpenetración entre los derechos fundamentales y la lógica contractual, que tiene como efecto el que la libertad de empresa, y su concreción en las facultades empresariales de organización del trabajo, deja de ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales [30]. Sobre tales premisas conceptuales, para el TC, "no cabe duda de que es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales" (STC 241/2012, FJ 5).

Ahora bien, nuestra jurisprudencia constitucional realiza esa ponderación de bienes constitucionalmente relevantes a partir de la configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin (STC 241/2012, FJ 5). De ahí que en supuestos donde la empresa sólo autoriza al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial, nuestra jurisprudencia constitucional entiende que no existe una expectativa razonable de privacidad, por lo que "el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo". Como se concluye en la STC 241/2012, FJ 6, la prohibición empresarial "en modo alguno aparece como arbitraria en tanto que se enmarca en el ámbito de las facultades organizativas del propio empresario". De este razonamiento, que comparto en lo esencial, se extrae como consecuencia, que no comparto, que la posible fiscalización de la comunicación del trabajador "quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE." (STC 170/2013, FJ 4 c); conclusión de la que se hace eco la STS 8-2-2018, rec. 1121/2015, FJ 4.5 a)). Aquí me parece que radica el error conceptual de nuestro TC, al mezclar las facultades empresariales de control con las expectativas de privacidad inherentes al art. 18.3 CE. Volveré sobre este punto.

El TC por tanto aplica el principio de la expectativa de privacidad a partir de la política empresarial sobre uso de las TIC por los trabajadores (claramente en el caso de la STC 241/2012). Pero también hace entrar en juego el principio de proporcionalidad en la valoración de la injerencia empresarial en las comunicaciones de los

[29] M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Contrato de trabajo e intimidad del trabajador*, cit. pág. 37.

[30] M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, op. cit. pág. 10-13.

trabajadores en su actividad de vigilancia y control (es el caso de la STC 170/2013, donde al principio de la expectativa de privacidad, se añade la aplicación del test de proporcionalidad), aunque en este caso la ponderación debe tener lugar una vez se constata la existencia de una expectativa de privacidad para el trabajador [31].

Por su parte, el TS se ha pronunciado expresamente sobre la facultad empresarial para establecer una prohibición absoluta del uso personal de los medios de comunicación electrónicos. Para el TS, "la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador de la empresa para cuestiones estrictamente personales" debe conducir a afirmar que «si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, *no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones*, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo» (STS 06-10-2011, rec. 4053/10, y STS 8-2-2018, rec. 1121/2015). Las cursivas son nuestras y subrayan como el TS incurre también en el error conceptual del TC. Sin embargo, el propio TS matiza esta tesis, considerado que es coherente con la jurisprudencia del TEDH, en el sentido de que las reglas de uso fijadas por la empresa (desde la prohibición absoluta a la admisión del uso personal condicionado) deben responder a un fin legítimo, deben respetar un principio de proporcionalidad y deben someterse a un principio de trasparencia.

En el ámbito de la UE, partimos de una lógica de ponderación de derechos e intereses en juego. A partir del art. 52.1 CDFUE, la jurisprudencia del TJUE viene afirmando que los derechos fundamentales (y se refiere concretamente al derecho a la vida privada y a la protección de datos) no son absolutos y pueden ser objeto de restricciones a partir de un criterio de ponderación de derechos [32]. La ponderación de intereses se subraya también en el RGPD, donde se admite la posibilidad de intereses legítimos que pueden justificar el tratamiento de datos personales [33]. El art. 88 del RGPD subraya intencionadamente esta necesidad de un equilibrio entre los intereses de la empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores, que no pueden ser sacrificados [34].

[31] A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, "*La segunda sentencia del TEDH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*", en *Revista de Información Laboral*, nº 1/2018 (Base Aranzadi, BIB 2018, 6059), pág. 5 del documento electrónico.

[32] Sobre esta jurisprudencia, véase J. L. Piñar Mañas y M. Recio Gallo, *El derecho a la protección de datos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, cit. págs. 29-31.

[33] Con carácter general, el art. 5.1 considera lícito el tratamiento de datos personales si se cumple al menos una de las condiciones que enumera, entre ellas, que "el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte" o que "el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento", pero "siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales".

[34] Dicho artículo dispone que los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer "normas más específicas para garantizar la protección de los

La cuestión que estamos abordando se suscita, en relación con la Directiva 95/46/CE, en el Documento de trabajo GT 29, 2002, en su comentario de la jurisprudencia del TEDH al respecto, donde se rechaza la interpretación conforme a la cual la mera advertencia inicial de prohibición de uso personal al trabajador sea suficiente para justificar una violación de sus derechos en materia de protección de datos (ap. 2.1). No obstante, a continuación, se indica que queda por ver (y de hecho el documento reconoce que cabe cierto margen de interpretación) en qué medida este principio puede estar sujeto a excepciones o limitaciones, en particular cuando es confrontado con los derechos y libertades de otros protegidos de forma similar por la Convención (por ejemplo, intereses legítimos del empleador). No obstante, este documento de trabajo GT 29, 2002 (págs. 20-21), así como el Dictamen 2/2017 GT29 (pág. 24), reiteran una idea central, que el hecho de que un empresario sea propietario de los medios electrónicos no excluye el derecho de los trabajadores a mantener en secreto sus comunicaciones, los datos de localización relacionados y la correspondencia, y las injerencias en el mismo sólo estaría justificada excepcionalmente [35].

En el ámbito del TEDH, el interrogante en cuestión lo suscita el juez Alburquerque en su voto discrepante en la STEDH (Sección 4ª) 12-1-2016, *asunto Barbulescu contra Rumanía.* Para este juez, "en nuestra época donde la tecnología ha desdibujado la frontera entre la vida profesional y la vida privada, y donde algunos empleadores autorizan a los trabajadores a utilizar el material de la empresa con fines personales, al mismo tiempo que otros les permiten utilizar su propio material con fines profesionales, y otros incluso permiten ambas posibilidades, el derecho para el empleador de hacer respetar ciertas reglas sobre el lugar de trabajo y la obligación del trabajador de cumplir correctamente sus tareas profesionales no justifica un control ilimitado de la expresión de los trabajadores a través de internet" (ap. 4). Concluye en este sentido que "los trabajadores no abandonan su derecho a la vida privada y a la protección de sus datos, cada mañana, al atravesar el umbral del lugar de trabajo" (ap. 22). De forma que "una prohibición general para los trabajadores de utilizar Internet con fines personales es inadmisible, de la misma forma que toda política de control generalizada, automática y continua del uso que los empleados hacen de Internet" (ap. 11).

Precisamente esta cuestión es planteada por el demandante en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu* (ap. 84). Pero esta sentencia no permite extraer con-

derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral". Añade en su apartado 2 que dichas normas "incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales", prestando especial atención a la transparencia del tratamiento y los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

[35] Así se nos indica, a modo de ejemplo en el primer documento, el supuesto de una actividad criminal por parte del trabajador que haga necesario para el empleador la injerencia en las comunicaciones para defender sus propios intereses cuando puede ser responsable de las acciones del trabajador, o cuando aquel es la víctima de la actividad criminal (pág. 21).

clusiones firmes [36]. El Tribunal se remite a las políticas fijadas por la empresa, lo que condiciona la expectativa de privacidad del trabajador. En el caso abordado el Tribunal concluye que no está claro que las normas restrictivas de la empresa empleadora dejaran al demandante con la expectativa razonable de privacidad; el nudo gordiano de la sentencia se centra en el hecho de que "no parece que el demandante hubiera sido informado con antelación del alcance y la naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones" (ap. 78). Sin embargo, estas consideraciones se acompañan de la rotunda afirmación de que "las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo. El respeto a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones sigue siendo necesario…" (ap. 80). Pero ¿cómo se concreta este genérico reconocimiento si el trabajador hubiese sido informado con la antelación suficiente del alcance y naturaleza de la supervisión empresarial y de la posibilidad de acceder a los contenidos de las comunicaciones?, ¿en qué términos queda garantizada la expectativa de privacidad del trabajador en este supuesto?.

Recordemos que hay una significativa diferencia del asunto abordado en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, con asuntos precedentes referidos al uso del teléfono profesional, cuyo uso con fines personales estaba permitido o, por lo menos, era tolerado, y por tanto permitía albergar una expectativa razonable de privacidad. En la STEDH 25-6-1997, *asunto Halford contra Reino Unido*, el Tribunal precisó que la demandante podía creer razonablemente en la privacidad de las llamadas telefónicas; para el Tribunal esta creencia se reforzaba por el hecho de que, por su puesto de trabajo, disponía de una oficina reservada para su uso, equipada con dos teléfonos, del que uno estaba destinado principalmente a sus conversaciones privadas. En STEDH 3-4-2007, *asunto Copland contra Reino Unido,* no existía ninguna política vigente en el centro de trabajo referente al seguimiento del uso del teléfono, correo electrónico o Internet por parte de los empleados. A diferencia de estos casos, en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, existe una prohibición empresarial de uso personal de los medios electrónicos de comunicación. En esta última sentencia no se cuestiona la política empresarial de prohibición del uso personal de los medios electrónicos, sino que en su ejecución no se respetaron las reglas del test de legitimidad de las injerencias empresariales en las comunicaciones del trabajador, lo que permitía a éste mantener viva su expectativa de privacidad.

Éste es desde mi punto de vista el aspecto diferencial de la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu,* y la jurisprudencia española que hemos descrito. En la STC 170/2013, FJ 5 c), se parte de la diferenciación del supuesto de las sentencias *Halford* y *Copland* con el caso abordado en la STC (al igual que hemos visto en el

[36] En el mismo sentido, A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, "*La segunda sentencia del TEDH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*", cit. pág. 13 del documento electrónico

asunto Barbulescu), y se concluye que la mera prohibición "hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador" (lo que, en tales términos, es negado en el *asunto Barbulescu*); con el agravante en el caso de la STC 170/2013 de que la prohibición procede de una cláusula del convenio colectivo, sin que se acredite información alguna de la empresa sobre reglas de uso de las TIC.

La STS 8-2-2018 (FJ 6.5) trata de salvar esta evidente contradicción al observar que "la lectura de los prolijos razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto «Barbulescu», pone de manifiesto -entendemos- que el norte de su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia, y los intereses de la empresa empleadora….. tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala… y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste [STC 170/2013], así como a las varias suyas que el Alto Tribunal cita…, pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC…".

Cabe advertir aquí que el TEDH subraya en su doctrina un elemento que considerará central en su test de legitimidad, el principio de trasparencia, que es un aspecto minimizado en nuestra jurisprudencia, al igual que ocurriera en la revocada STEDH (Sección 4ª) 12-1-2016, *asunto Barbulescu contra Rumanía.* La doctrina laboralista es coincidente, desde esta óptica, en que el canon de garantías fijado STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, avoca a una rectificación de nuestra jurisprudencia interna [37].

En definitiva, la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, estima que la mera prohibición no justifica el sacrificio puro y duro de la privacidad de las comunicaciones del trabajador. Pero la sentencia no niega abiertamente la hipótesis de una política empresarial de prohibición del uso personal de los medios electrónicos, y en todo caso reconoce la legitimidad de las injerencias empresariales en el secreto de las comunicaciones, en la medida en que su política al efecto supere el test de legitimidad que el propio Tribunal elabora.

[37] M. E. Casas Baamonde, "*Informar antes que vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital?. La necesaria intervención del legislador*", *en Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018, págs. 117-118; C. Sáez Lara, "*Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones*", en *Temas Laborales*, nº 138/2017, pág. 220-221; J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador…",* cit. págs. 24-25; A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, "*La segunda sentencia del TEDH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*",cit. pág. 12 del documento electrónico. C. San Martin y A. Sempere, "*Sobre el control empresarial de los ordenadores*", en AS nº 3, 2012, (Base Aranzadi, BIB 2012/984), págs. 33-34 del documento electrónico; C. Preciado Doménech, *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*, Th. Reuters Aranzadi, 2017, págs. 249-270.

En mi opinión, las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo, pero esto no significa que el empresario no pueda disponer unilateralmente el uso de los medios de comunicación de su propiedad y efectuar los controles pertinentes para garantizar ese uso [38]. De forma que, incluso, la empresa puede prohibir el uso del correo electrónico con fines personales, como podía hacerlo con el teléfono fijo o con el uso del vehículo de empresa puesto a disposición del trabajador para su actividad laboral [39]. Lo que ocurre es que en las medidas de control la empresa debe respetar la privacidad de las comunicaciones y su contenido, que es un derecho inherente a la persona ex art. 8.1 CEDH.

Como ya hemos indicado, en primer lugar, la *libertad para comunicarse*, no incluye *el derecho* al "medio" a través del que realizar la comunicación, de manera que no puede hablase de una obligación positiva para la empresa en relación con los soportes técnicos que son propiedad de la misma, a diferencia por ejemplo del derecho a la intimidad o a la protección de datos, donde existen obligaciones positivas para la empresa, de salvaguardar la intimidad del trabajador frente a terceros en la relación laboral, en el primer caso, o de ofrecer información previa al trabajador sobre tratamiento de datos, en el segundo caso. Tampoco es comparable el supuesto en estudio con el supuesto del derecho de uso sindical de las TIC existentes en la empresa, amparado en el derecho de libertad sindical, cuyo contenido esencial conlleva la obligación empresarial de hacer consistente en no impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que las infraestructuras informáticas están creadas y en funcionamiento (STC

[38] En este sentido, no comparto la tesis del voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré a la STC 241/2012, en el sentido de que "el derecho de libertad, que contiene el art. 18.3 CE, limita sus actos [los del empresario] de disposición y limitación de uso o prohibición, sin perjuicio de que quepa, obviamente, la reglamentación del mismo". En el mismo sentido que el voto particular, la STSJ Canarias 6-7-2017, rec. 12/2017, observa que el uso del correo electrónico y demás instrumentos de comunicación empresarial para fines particulares es lícito, aunque no haya sido pactado, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) que se haya puesto a disposición del trabajador por la empresa el instrumento de comunicación informática por motivos laborales; 2) que no se perturbe la actividad normal de la empresa mediante el uso privado; 3) que no se vea perjudicado el uso específicamente productivo del instrumento; y 4) que no suponga un gravamen económico para la empresa por su uso. De forma que "la prohibición del uso para fines privados del instrumento de comunicación en tales condiciones podría vulnerar el derecho a la libertad individual de expresión y comunicación de los trabajadores, en los mismos términos que lo haría si se prohibiese a los trabajadores hablar entre sí". La tesis del Tribunal es llamativa, y de hecho, contradiciéndola añade más adelante la sentencia sorpresa se lle después en la sentencia, que "si la empresa prohíbe el uso de estos medios para fines particulares, la prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una expectativa razonable de confidencialidad. En estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. En otras palabras, existiendo prohibición expresa la conducta transgresora lo es desde el primer momento en que se produce".

[39] Otra cosa es que, como observa el Dictamen 2/2017 GT 29, una prohibición general de las comunicaciones por razones personales es poco práctica y su aplicación puede requerir un nivel de control desproporcionado (pág. 25).

281/2005, FJ 6º). Incluso en este caso, tratándose del empleo de "un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical" (FJ 8).

En segundo lugar, la libertad de comunicación debe ser compatible con otros bienes y derechos dignos de protección. En este caso, la libertad de comunicación del trabajador no puede ignorar la propiedad empresarial de los medios electrónicos y el derecho del empleador a dirigir y controlar la actividad en la empresa. Como indica la STEDH 22-2-2018, *asunto Libert*, ap. 46, el empresario "legítimamente puede querer asegurarse de que sus empleados utilizan los equipos informáticos puestos a su disposición para el desempeño de sus funciones, conforme a sus obligaciones contractuales y a la reglamentación aplicable". Situándose en esta lógica de ponderación, señala la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, que, de conformidad con las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 8 del Convenio, los órganos jurisdiccionales nacionales deben valorar la existencia de "intereses divergentes", de un lado, el derecho del demandante al respeto de su vida privada y, por otro, el derecho de controlar y cumplir con las prerrogativas del empresario, para garantizar el buen funcionamiento de la empresa. En este contexto los tribunales nacionales deben velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, "sea cual sea su alcance y duración", vaya acompañado de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (ap. 119).

Con estos condicionantes, creemos posible llegar a tres conclusiones. En primer lugar, la libertad de comunicación del trabajador queda amparada en todo caso por el derecho al secreto de las comunicaciones. Independientemente del medio técnico empleado, las comunicaciones privadas del trabajador están amparadas por la garantía formal de su impenetrabilidad. En segundo lugar, el empresario en uso de sus facultades puede regular discrecionalmente las comunicaciones de los trabajadores a través de las TIC de la empresa (por ejemplo, prohibiendo o fijando condiciones para el uso personal); por ello, el empresario está facultado para vigilar que se cumplen sus prescripciones al efecto y, desde esta perspectiva, se condiciona la expectativa de privacidad del trabajador. En tercer lugar, el ejercicio de las facultades de control empresarial no permite justificar una injerencia en el secreto de las comunicaciones (por ejemplo, interferir las comunicaciones o acceder a sus contenidos para verificar el respeto de las reglas empresariales), salvo que pueda justificarse ex art. 8.2 CEDH y, en el marco jurídico español, con las exigencias que impone el art. 18.3 CE. Lo reconoce la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*: "El respeto a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones sigue siendo necesario, *aunque pueden limitarse dentro de las medidas de necesidad*" (cursivas nuestras); y estas medidas se justifican por la existencia de intereses legítimos de la empresa amparados ex art. 8.2 CEDH, lo que nos remite al test de legitimidad elaborado por esta sentencia.

6. GARANTÍAS EN LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. EL TEST DE LEGITIMIDAD DE LA STEDH (GRAN SALA) 5-9-2017, *ASUNTO BARBULESCU*

La injerencia del empresario en las comunicaciones de los trabajadores dentro de la empresa debe respetar el marco jurídico del art. 8 CEDH. A este respecto, el TEDH centra el grueso de su doctrina sobre la privacidad de las comunicaciones en supuestos de injerencia de los poderes públicos, delimitando claramente determinadas garantías deducibles del art. 8 CEDH [40]. Pero también aborda las injerencias en las relaciones interprivadas trasladando los parámetros de su doctrina al contexto de las relaciones laborales. En este sentido, es particularmente relevante la doctrina de la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu* [41], que contiene un canon de garantías más acabado, recogiendo y sistematizando criterios de enjuiciamiento ya contemplados en+ la doctrina general del Tribunal y que son coincidentes con las directrices de organismos internacionales o europeos [42]. Como ya indicamos, una nota destacable en esta sentencia está en que hace entrar en juego el derecho a la protección de datos en la monitorización de las comunicaciones del trabajador [43].

[40] X. Arzoz, "*Comentario al art. 8 CEDH*", cit. págs. 342-343.

[41] Resumimos brevemente el caso de la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, a efectos de contextualizar las referencias a esta sentencia posteriormente. La síntesis se puede extraer del ap. 129 de la misma: "De las pruebas aportadas ante el Tribunal se desprende que el demandante había sido informado del reglamento interno de la empresa empleadora, que prohibía el uso de los recursos de la empresa para fines personales (ap. 12). Conocía el contenido de este documento y lo había firmado el 20 de diciembre de 2006 (ap. 14). Además, la empresa empleadora distribuyó una nota informativa de fecha 26 de junio de 2007 entre todos los empleados, en la que recordaba la prohibición de uso de los recursos de la empresa para uso personal y precisó que una empleada había sido despedida por violar tal prohibición (apartado 15). El demandante tenía conocimiento de -+esa nota y la firmó en una fecha que no se especifica, pero que fue entre el 3 y el 13 de julio de 2007 (apartado 16 supra). Por último, el Tribunal recuerda que el 13 de julio de 2007 el demandante fue citado dos veces por su empleador para explicar su uso personal de Internet (apartados 18 y 20). Inicialmente, cuando le mostraron los gráficos que describían su tráfico de Internet y el de sus colegas, afirmó que había utilizado su cuenta de Yahoo Messenger sólo con fines profesionales (apartados 18 y 19). Después, cincuenta minutos más tarde, cuando se le presentó una transcripción de 45 páginas que contenían sus comunicaciones con su hermano y su novia, el demandante informó a su empleador que éste era responsable de la una infracción penal, a saber, la violación del secreto de la correspondencia (apartado 22 supra)".

[42] Por ejemplo, en el ámbito de la UE Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29), el *Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral* (WP48)1, Documento de trabajo GT 29, 2002, Dictamen 2/2017 GT 29. Estos documentos hacen referencia a principios como el de garantía de que los datos se tratan con fines específicos y legítimos, que sean proporcionados y necesarios; el de limitación de la finalidad y que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos para la finalidad legítima; y el principio de trasparencia con los trabajadores sobre el uso y la finalidad de las tecnologías de control. La garantía de las comunicaciones del trabajador se ven reforzadas en el contexto de la protección de datos dentro de la UE, con la previsión del RGPD del principio de rendición de cuentas (art. 5.2), que viene a significar que el responsable de la protección de datos asume la obligación de adoptar una actuación diligente y proactiva para garantizar un tratamiento de datos conforme a los principios de tratamiento de datos ex art. 5.1 RGPD, lo que exige una previsión de qué datos van a ser objeto de tratamiento, con qué finalidad, con qué tipo de operaciones. Cfr. F. Gudín, *Nuevo reglamento europeo de protección de datos versus big data*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, pág. 84.

[43] J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador…",* cit. pág. 14.

La novedad del *asunto Barbulescu* está en la ordenación de unos principios generales aplicables a la valoración de la obligación positiva del Gobierno de velar por el respeto a la vida privada y a la correspondencia en el contexto de las relaciones laborales. Y estos principios se dirigen en particular a enjuiciar la conformidad de la actuación de los tribunales nacionales con el Convenio. Esos principios cristalizan en el test de legitimidad de la injerencia del empresario en las comunicaciones de los trabajadores, que contempla dos aspectos. De un lado, la regularidad de una política empresarial de uso de los medios electrónicos de comunicación. De otro lado, la posibilidad o previsión de controles o de monitorización del uso de tales medios y sus características.

Para la sentencia las autoridades nacionales "deberían tener en cuenta" una serie de criterios (seis) (ap. 120). Hablamos de criterios que integran el test de legitimidad, y que deberían considerarse de forma cumulativa. Los criterios de referencia para la sentencia se pueden ordenar siguiendo el siguiente esquema:

1) justificación para la injerencia (criterio iii);

2) principio de necesidad y proporcionalidad (criterio ii, criterio iv, criterio v);

3) garantías procedimentales (principio de trasparencia) (criterio i, criterio vi).

Antes de proceder a describir tales criterios convienen algunas consideraciones generales. En las políticas empresariales de control de las comunicaciones de los trabajadores hemos de tener en cuenta distintas situaciones. Es menester distinguir si el control se refiere a los aspectos exteriores (el control de flujos) o se refiere a los contenidos. En este último caso, las injerencias empresariales se consideran más excepcionales y se someten a exigencias más estrictas. La sentencia admite la posibilidad de una injerencia en el contenido de la correspondencia electrónica, pero subrayando que "la vigilancia del contenido de las comunicaciones … requiere justificaciones más fundamentadas" (criterio iii). Y vuelve a subrayar más adelante en el criterio iv) (principio de proporcionalidad), que ha de evaluarse "si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado"; también el criterio i) (garantías procedimentales) prevé que la información previa al trabajador debe existir, con mayor motivo cuando la supervisión implica también el acceso al contenido de las comunicaciones de los empleados.

Por otro lado, la distinción entre las comunicaciones de carácter profesional o personal es relevante y condiciona el alcance de la finalidad que legitima la injerencia empresarial en las comunicaciones y el respecto a la proporcionalidad de la misma. La expectativa de privacidad tutela un posible uso personal de los medios de comunicación empresariales, que garantiza el art. 8.1 CEDH, admitiéndose injerencias únicamente conforme al test de legitimidad que vamos a describir [44].

[44] Sobre la cuestión, no hay consenso en las legislaciones nacionales, observa la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu* (Ap. 54), y nos recuerda que, en países como Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Portugal y Suecia, los empleadores pueden vigilar los correos electrónicos marcados como privados, pero en ningún caso acceder a su contenido. La Recomendación 2015, Ministros Consejo

Siendo claro cuando los correos aparecen formalmente identificados como personales, el problema de las garantías del art. 8 CEDH frente a las injerencias empresariales surge allí donde esta diferenciación no es nítida (como ocurre en el *asunto Barbulescu*); por eso es fundamental una información clara sobre la política empresarial sobre las reglas de uso de las TIC en la empresa y sobre el tipo de controles que se reserva la empresa para su efectividad. La cuestión se pone de manifiesto claramente en la STEDH 22-2-2018, *asunto Libert contra Francia*, a la que nos referiremos brevemente al final del estudio, que, en relación con la privacidad de archivos en el ordenador, rechaza la tesis del Gobierno según la cual no hay injerencia porque no se trata de archivos personales sino profesionales, lo que según él deja la cuestión fuera del amparo del art. 8.1 CEDH. Sin embargo, en el supuesto de hecho la sentencia considerará legítima una regulación nacional donde se permite al empleador acceder a los archivos profesionales dentro de la herramienta informática, circunscribiéndose la cuestión a la legitimidad de la injerencia en los archivos privados.

En nuestra jurisprudencia constitucional, la STC 241/2012 admite la distinción entre comunicaciones profesionales y personales, quedando amparadas éstas por el secreto de las comunicaciones. Así, observa en su FJ 5, que "en pura hipótesis, pueden arbitrarse diferentes sistemas, siempre respetuosos con los derechos fundamentales, orientados todos ellos a que los datos profesionales o los efectos de la comunicación profesional llevada a cabo alcancen al conocimiento empresarial, *sin que se dé, en cambio, un acceso directo o cualquier otra intromisión del empresario o sus mandos en la empresa, en la mensajería o en los datos personales de los trabajadores, si este uso particular ha sido permitido*" (cursivas nuestras).

En nuestra opinión, cuando queda claro que los correos tienen carácter privado el empresario está condicionado por el secreto de las comunicaciones. De forma que el empleador podrá utilizar la información sobre el uso privado de los medios electrónicos con fines disciplinarios, si por ejemplo ha prohibido este uso, pero quedándole vedado el acceso a su contenido, porque es aquí donde juega la garantía formal en que consiste el secreto de las comunicaciones, salvo que existiese un fundamento ex art. 8.2 CEDH para acceder a su contenido. En nuestro ámbito jurídico, no existe unanimidad, argumentándose que no se puede realizar sin autorización judicial ex art. 18.3 CE [45] o que es posible sin la misma, siempre que la empresa respete en el control correspondiente el principio de proporcionalidad [46]. En mi opinión, si existe una política de trasparencia empresarial, y dentro

de Europa, señala que "En ningún caso deberán ser objeto de vigilancia el contenido, envío y recepción las comunicaciones electrónicas privadas en el marco del trabajo" (ap. 14.4).

[45] C. Zoco, *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Thomson Reuters, 2015, pág. 241 y sigs.

[46] D. Martínez Fons, "*El control de la correspondencia electrónica personal en el lugar de trabajo*", en *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2003, 809-810.

de ella la admisión del uso personal de las TIC de la empresa y una delimitación clara entre comunicaciones profesionales y personales, la intervención de las comunicaciones privadas, amparada en los fines legítimos ex art. 8.2 CEDH, requiere además por exigencia constitucional un requisito procedimental ineludible, la autorización judicial [47].

Por otra parte, hay que decir que los criterios que comentaremos presuponen una regla trazada en el art. 8.2 CEDH, conforme al cual "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley….". Para el TEDH la existencia de una previsión legal que ampare la injerencia en el derecho debe proporcionar al individuo suficiente certeza y previsibilidad sobre el supuesto al que se liga la facultad de injerencia. Este es un requisito básico que se ve reforzado al venir exigido en toda política de tratamiento de datos personales en la normativa internacional (art. 5 del Convenio 108 del CE para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal), de la UE (art. 5.1 a) RGPD) y española (art. 4.7 LOPD). Precisamente, la falta de precisión del concepto de tratamiento lícito en el RGPD se mitiga con la remisión a la doctrina del TEDH sobre el art. 8.2 CEDH [48].

En el ámbito laboral no es usual la existencia de previsiones normativas, ni regulación de los casos y condiciones en que puede llevarse a cabo una injerencia en las comunicaciones de los trabajadores. La STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, observa que, aunque los Estados miembros del Consejo de Europa reconocen con carácter general, a nivel constitucional o legislativo, el derecho al respeto de la privacidad y el secreto de la correspondencia, sin embargo, son escasos los que cuentan con una regulación específica sobre la cuestión del ejercicio de la vida privada en el lugar de trabajo de una manera explícita, ya sea como parte de la legislación laboral, ya sea mediante leyes especiales, siendo en general la regulación fragmentaria y referida a aspectos concretos (ap. 52 a 54). De ahí la relevancia de la jurisprudencia del TEDH, como referencia para los tribunales nacionales, y en particular la doctrina sentada por esta sentencia.

[47] En este sentido, comparto la tesis del voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré a la STC 241/2012, en el sentido de que el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción.

[48] F. Gudín, *Nuevo reglamento europeo de protección de datos versus big data*, cit. pág. 80. Esta doctrina del TEDH referida al art. 8 CEDH es acogida tempranamente por el TC español. Con base en esta doctrina el TC reclama una norma precisa y clara, que garantice las expectativas razonablemente fundadas del individuo en cuál ha de ser la actuación de los poderes públicos, es decir, en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos para tomar tales medidas. Cfr. T. Martínez Montañez, "*Articulo 18.3. El secreto de las comunicaciones*", cit. pág. 444.

6.1. Justificación para la injerencia

El art. 8.2 prevé la posibilidad de injerencias legítimas en el derecho a la privacidad de las comunicaciones. Esta construcción es propia del reconocimiento del derecho en el constitucionalismo moderno, donde la estructura normativa se compone de un derecho de libertad con previsión de limitaciones [49]. Pues bien, conforme a aquella norma toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho debe ser una medida "necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Este "inventario de indeterminaciones jurídicas", donde "no falta casi nada" [50], debe ser objeto de una interpretación estricta en tanto supone una excepción al derecho garantizado por el Convenio.

Desde la sentencia STEDH 3-4-2007, *asunto Copland contra Reino Unido*, se considera que el interés empresarial en el uso adecuado de los medios para garantizar el buen funcionamiento de la empresa puede considerarse un objetivo legítimo que justifique la injerencia empresarial en la privacidad del trabajador ex art. 8.2 CEDH. La garantía de la protección de "los derechos y las libertades de los demás" pueden referirse a los del empleador, "que legítimamente puede querer asegurarse de que sus empleados utilizan los equipos informáticos puestos a su disposición para el desempeño de sus funciones, conforme a sus obligaciones contractuales y a la reglamentación aplicable" (STEDH 22-2-2018, *asunto Libert*, ap. 46). Por tanto, garantizar el buen funcionamiento de la empresa y el cumplimiento por el trabajador de sus compromisos contractuales son motivos suficientes para justificar el interés legítimo de la empresa ex art. 8.2 CEDH.

Al mismo tiempo se reclama que dicho interés sea explícito y específico, en sintonía con la normativa internacional sobre protección de datos [51]. De esta forma no sería posible justificar la monitorización por el mero propósito de conocer el uso que el trabajador hace de los medios (control preventivo), sino que deben existir motivos fundados, por ejemplo, de un comportamiento irregular [52]. Los indicios deben ser algo más que simples sospechas, es decir, el secreto de las comunicaciones no se puede sacrificar a partir de hipótesis genéricas o prospectivas.

[49] J. Jiménez Campos, "*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*", cit. pág. 38.

[50] J. Jiménez Campos, op. cit. pág. 60.

[51] Como indicaba la Directiva 95/46/CE, las operaciones de tratamiento de datos solo tendrán lugar con una finalidad legítima, que debía ser específica, explícita y legítima (art. 6). El art. 6.1 del vigente RGPD considera lícito el tratamiento de datos si se cumple al menos una de las condiciones que enumera, entre ellas, que "el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento". Puntualiza también el actual RGPD en su art. 5.1 que los datos personales serán recogidos "con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines".

[52] J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador…",* cit. pág. 20.

En la sentencia STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, esta doctrina se plasma en el criterio iii) de la sentencia, conforme al cual el empleador debe presentar "argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido". Y puntualiza que "dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas". Conforme a la doctrina del Tribunal que hemos expuesto, esta sentencia parte de la existencia de un interés empresarial que justifica la injerencia empresarial en la privacidad del trabajador ex art. 8.2 CEDH (ap. 127). En cuanto a los argumentos legítimos, la sentencia se remite a los ap. 38, 43 y 45 sobre textos normativos y documentos de la OIT, Consejo de Europa y UE, pero sin que de ellos se puedan extraer pautas claras sobre dichos argumentos legítimos. No obstante, de la sentencia cabe deducir que el Tribunal considera legítimos ciertos objetivos, aunque nunca en abstracto, como la necesidad de evitar una vulneración en los sistemas informáticos de la empresa, evitar el cuestionamiento de la responsabilidad de la empresa en caso de actividad ilegal en el espacio virtual, así como la divulgación de sus secretos comerciales (ap. 134). En el caso abordado el TEDH concluye que los tribunales nacionales mencionan estos objetivos en términos teóricos, ya que no se acusó concretamente al demandante de exponer a la empresa a ninguno de esos riesgos (ap. 134).

6.2. Respeto del principio de proporcionalidad

Conforme al art. 8.2, toda injerencia en el secreto de las comunicaciones debe constituir "una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria", lo que exige el respeto del principio de proporcionalidad, conforme al cual debe existir una correspondencia entre los fines pretendidos, el alcance de la vigilancia adoptada, y las características concretas de la vigilancia efectuada, que debe regirse por el principio de minimización (limitada a lo necesario para el fin pretendido). Existe una coincidencia en los instrumentos internacionales y de la UE sobre los parámetros que deben aplicarse [53]. En particular, el principio de proporcionalidad exige que la supervisión de las comunicaciones se adecue a los fines que la justifiquen, excluyendo vigilancias generalizadas o continuadas en el tiempo [54].

[53] La Directiva 95/46/CE establecía que la vigilancia debía ser necesaria para alcanzar un objetivo dado (principio de necesidad) y que la misma debía ser pertinente, adecuada y no excesiva respecto a la finalidad indicada (principio de proporcionalidad) (art. 6). El Dictamen 2/2017 del GT29, pág. 8, considera que el principio hace recomendable políticas preventivas con preferencia a las políticas de monitorización o control, y políticas que minimicen la injerencia en los derechos fundamentales del trabajador (conclusiones: 6.4, pág. 25). Puede concretarse esta política preventiva en la diferenciación de las comunicaciones profesionales y privadas, a través de la identificación de la correspondencia como privada o mediante la atribución al trabajador de cuentas de correo diferenciadas al efecto (Documento de trabajo GT 29, 2002, pág. 23; Dictamen 2/2017 GT 29, pág. 15). El actual RGPD en su art. 5.1 indica que los datos serán "adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»)".

[54] Este aspecto es subrayado en algunos documentos recientes en la materia. El Informe 2/2017

La STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, concreta este principio de proporcionalidad en distintos criterios. En primer lugar, conforme al criterio ii) de la sentencia, se requiere que exista una proporcionalidad entre el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado. Para el TEDH, en el caso del control de las comunicaciones del trabajador, debe tomarse en consideración distintos aspectos. El principio de proporcionalidad será de distinta intensidad si el control se limita al flujo de comunicaciones o incluye también el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados. En el caso abordado, el TEDH concluye que, en cuanto al alcance de la supervisión realizada y el grado de intrusión en la vida privada del demandante, esta cuestión no fue examinada por el Tribunal del Condado o el Tribunal de Apelación, mientras que parece que el empleador registró en tiempo real todas las comunicaciones hechas por el demandante durante el período de vigilancia, que tuvo acceso a ellas y que imprimió el contenido (ap. 133).

Conforme al criterio iv), el sistema de vigilancia debe estar basado "en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado". En particular, debe evaluarse, en función de las circunstancias particulares de cada caso, "si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado". Aquí concluye la sentencia en el caso enjuiciado que ni el Tribunal del Condado ni el Tribunal de Apelación examinaron suficientemente si el objetivo perseguido por el empleador podía haberse logrado mediante métodos menos intrusivos que el acceso al contenido mismo de las comunicaciones del demandante (ap. 135).

Conforme al criterio v), el respeto del principio de proporcionalidad requiere contemplar de qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida. En relación con este criterio, el TEDH considera que ninguno de los dos tribunales nacionales examinó la gravedad de las consecuencias de la medida de control y del procedimiento disciplinario que se siguió. A este respecto, el Tribunal señala que el demandante había sido sometido a la medida disciplinaria más grave, a saber, el despido (ap. 136).

6.3. Garantías procedimentales (principio de trasparencia)

Hay que subrayar que en la STEDH (Sección 4ª) 12-1-2016, *asunto Barbulescu contra Rumanía*, el TEDH se centró en el criterio de la proporcionali-

del GT29 indica que la monitorización continuada o el control sobre todas las actividades en línea de los trabajadores puede considerarse una respuesta desproporcionada y una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones (pág. 14).

dad, marginando las garantías procedimentales, o al menos apoyándose en una interpretación que tuvo este efecto [55]. Pues bien, se indica en la STEDH (Gran Sala) 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, que, conforme al criterio i), el empleado ha debido ser informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas. Puntualiza la sentencia que "la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma".

El Tribunal entiende que, para ser considerada como previa, la advertencia del empleador debe darse antes de que comience la actividad de supervisión, y con mayor motivo, cuando la supervisión implica también el acceso al contenido de las comunicaciones de los empleados (ap. 132). El TEDH concluye en el caso abordado que no parecía que el demandante hubiera sido informado con antelación del alcance y de la naturaleza del control efectuado por la empresa o de la posibilidad de que la empresa tuviera acceso al contenido de sus comunicaciones (ap. 132).

La doctrina insiste en que la exigencia de una información previa es un dato novedoso y diferencial con respecto a la STEDH (Sección 4ª) 12-1-2016 [56], aunque esta garantía de trasparencia ya es subrayada anteriormente en otros documentos relevantes [57]. Destaquemos que, actualmente, el RGPR sitúa como concepto clave la trasparencia de la información para asegurar la expectativa razonable de privacidad del afectado [58]. En este sentido, el art. 5.1 a) indica que los datos personales serán tratados "de manera lícita, leal y transparente en relación

[55] El Tribunal estimó que se examinaron las comunicaciones en su cuenta Yahoo Messenger, pero ningún otro dato o documento guardados en su ordenador. No constató que los tribunales nacionales otorgaran una importancia particular a las transcripciones o al mismo contenido de las comunicaciones. Por lo tanto, el Tribunal opinó que el contenido de las comunicaciones no fue un factor decisivo en las conclusiones de los tribunales nacionales (ap. 59). Por lo tanto, estimó que la vigilancia del empleador fue proporcionada y de alcance limitado (ap. 60). Una de las criticas principales que el juez Alburquerque subraya en su voto particular a la sentencia descansa precisamente en la inexistencia de una política de vigilancia del uso de internet por la empresa, lo que se remite a exigencias de carácter procedimental (ap. 2 y ap. 12).

[56] M. E. Casas Baamonde, "*Informar antes que vigilar…",* cit. pág. 114; J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador…",* cit. pág. 17.

[57] Así, Apartado 14.1 y apartado 21 a) Recomendación 2015, Ministros Consejo de Europa. El Informe 2/2017 GT29 recomienda que se comunique comunicarse efectivamente a los trabajadores cualquier control que se lleve a cabo, sus fines y circunstancias, y que las políticas y normas relativas al control legítimo sean claras y de fácil acceso. El Grupo de Trabajo recomienda que una muestra representativa de trabajadores participe en la elaboración y evaluación de dichas normas y políticas (conclusiones: 6.3, pág. 25). Ambos documentos subrayan la conveniencia de la consulta a los representantes de los trabajadores de los medios de vigilancia previstos por la empresa. En particular, el apartado 21 c) Recomendación 2015, Ministros Consejo de Europa aconseja que cuando se prevea alguna incidencia de estos medios de control sobre los derechos fundamentales de los trabajadores debe buscarse el acuerdo con los representantes.

[58] J. Muñoz Ontier, "*Disposiciones generales (arts. 1-5*)", en *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, López Calvo (Coord.), Wolters Kluwer, 2018, pág. 348.

con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»). El art. 12.1 dispone además que el responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información relativa al tratamiento de datos "en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo". Por su parte, el artículo 88 del RGPD prevé, para el campo de las relaciones laborales, que las normas del Estado o los convenios colectivos "incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales", prestando especial atención a determinados aspectos, el primero de los cuales es la transparencia del tratamiento de datos.

La información previa, además, no puede limitarse a ser una información genérica. Ha de incluir tanto las reglas sobre uso, como las reglas sobre controles y monitorización. Precisamente, el voto particular del Juez Alburquerque en la STEDH (Sección 4ª) 12-1-2016, *asunto Barbulescu contra Rumanía,* observa que la simple comunicación del empleador a los trabajadores indicándoles que "su actividad sería sometida a vigilancia" (como se recogía en el ap. 10 de la sentencia) no podía considerarse suficientemente clara en cuanto a la naturaleza, el alcance y las consecuencias del programa de vigilancia empresarial (ap. 18).

Dentro de las garantías procedimentales, conforme al criterio vi), se deben ofrecer al empleado garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tienen carácter intrusivo. Se subraya que estas garantías deben impedir que el empleador tenga acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad. Se trata pues de que el trabajador pueda oponerse con antelación a la justificación del requisito de necesidad y proporcionalidad del control que efectúa la empresa.

En este punto, el Tribunal observa que los órganos jurisdiccionales nacionales no comprobaron si, cuando compareció el demandante para que explicara el uso que había hecho de los recursos de la empresa, el empresario había tenido ya acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión. Considera que admitir que el acceso al contenido de las comunicaciones pudo tener lugar en cualquier momento durante el procedimiento disciplinario va en contra del principio de transparencia (ap. 137).

Una cuestión particular se suscita con los controles *ad hoc* del correo electrónico por existencia de sospechas. El problema es el de compatibilizar el secreto de la interceptación de las comunicaciones y las exigencias de previsibilidad deducibles de esta jurisprudencia. El asunto se ha planteado en relación con las injerencias de los poderes públicos en actividades de investigación y represión del delito o en la interceptación de la correspondencia de los internos en centros penitenciarios [59]. Esta jurisprudencia exige que exista una previsión normativa

[59] X. Arzoz, "*Comentario al art. 8 CEDH*", cit. págs. 428 y sigs.

que legitime la injerencia en el secreto de las comunicaciones, defina el alcance y las modalidades de ejercicio de un poder de injerencia semejante con suficiente claridad (teniendo en cuenta el fin legítimo pretendido) para proporcionar al individuo una protección adecuada contra las injerencias arbitrarias [60]. Trasladando esta doctrina al ámbito de las relaciones laborales la cuestión se remite a los mismos parámetros, es decir, a la existencia de la previsión de la posibilidad de estos controles y su conocimiento por el trabajador, y la verificación en el control *ad hoc* de una justificación específica y el respeto del principio de proporcionalidad en dichos controles[61]. La conclusión que cabe extraer de la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, es que el principio de trasparencia no permite amparar en genéricas prohibiciones absolutas iniciales la legitimidad de controles ocultos del correo electrónico por inexistencia de expectativa de privacidad, como admite nuestro TC (STC 170/2013) y el TS (STS 6-10-2011).

Al respecto resulta de interés la STEDH 9-1-2018, *asunto López Ribalda y otros contra España*, donde se plantea la legitimidad de una videovigilancia encubierta de la empresa. La videovigilancia se llevó a efecto después de que el supervisor de la tienda detectara pérdidas, y se plantearan fundadas sospechas de la comisión de robos por parte de las demandadas, así como por otros empleados y clientes. En el caso, los tribunales españoles constatan que las empleadas afectadas no fueron informadas de la instalación de las cámaras de vigilancia ocultas que enfocaban a sus cajas registradoras o de sus derechos al amparo de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Pero consideraron que la medida estuvo justificada (debido a las fundadas sospechas de robo), apropiada al objetivo legítimo perseguido, necesaria y proporcionada, dado que no existían otros medios igual de eficaces de proteger los derechos del empresario que interfirieran menos con el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada.

Sin embargo, en este caso el TEDH entiende que la injerencia no es conforme con el art. 8 CEDH, por la falta de trasparencia y por violación del principio de proporcionalidad. Concretamente, estimará el Tribunal, en primer lugar, que en el asunto la legislación en vigor en el momento de los hechos de la causa establecía claramente que todo recolector de datos debía informar a los sujetos de la recogida de datos, de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos de carácter personal (ap. 67). El Tribunal observa que los derechos del empresario podrían haber sido protegidos, por lo menos hasta cierto grado, por otros medios, en especial, informando previamente a las demandantes, incluso de una manera

[60] X. Arzoz, op. cit. págs. 427-428; D. Sarmiento, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. pág. 69.

[61] A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, "*La segunda sentencia del TEDH en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*", cit. págs. 14-15 del documento electrónico; J.L. Goñi Sein, "*La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador…",* cit. pág. 18-19. Ésta es la doctrina que viene manteniendo la AEPD, véase J. Mercader, *Protección de datos en las relaciones laborales*, Claves prácticas F. Lefebvre, 2018, pág. 115.

general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia y dotándolos de la información establecida en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (ap. 69). En segundo lugar, la videovigilancia encubierta no era la consecuencia de una sospecha justificada contra las demandantes y, en consecuencia, no iba dirigida específicamente a ellas, sino a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas del trabajo (ap. 68).

Por último, subraya la sentencia STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, que las autoridades internas deben velar para que los empleados, cuyas comunicaciones hayan sido objeto de seguimiento, puedan presentar un recurso ante un órgano judicial que tenga competencia para pronunciarse, al menos en esencia, sobre el cumplimiento de los criterios antes expuestos y la legalidad de las medidas impugnadas.

7. SOBRE LA OPERATIVIDAD DEL CANON O TEST DE LEGITIMIDAD DE LA SENTENCIA *BARBULESCU* Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

En síntesis, la sentencia STEDH 5-9-2017 entiende que en el caso enjuiciado no se supera la aplicación del test de legitimidad de las medidas empresariales, porque los órganos jurisdiccionales nacionales no consiguieron, por un lado, comprobar, concretamente, si el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger iban a ser controladas y, por otro, tener en cuenta que no se le había informado de la naturaleza y alcance de la vigilancia a que iba a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Por otra parte, no determinaron, en primer lugar, qué motivos concretos justificaban la introducción de las medidas de control; en segundo lugar, si el empresario pudo haber utilizado medidas menos intrusivas para la vida privada y la correspondencia del demandante y, en tercer lugar, si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiera sido posible sin su conocimiento (apartados 120, 121 y 139).

La opinión disidente a la sentencia (emitida por seis jueces del Tribunal) discrepa en sus conclusiones de la mayoría. Conforme a esta opinión, las jurisdicciones nacionales juzgaron, sobre la base de los documentos en su posesión, que el trabajador demandante había sido suficientemente advertido de que sus actividades, incluido el uso del ordenador que el empleador puso a su disposición, podía ser objeto de vigilancia. En consecuencia, el demandante podía razonablemente esperar que sus actividades fuesen vigiladas (ap. 20).

Como ya he indicado, la novedad de la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, está sobre todo en la fijación de un canon de garantías más acabado, que básica-

mente ya tenía acogida en la normativa y documentos internacionales, así como en la jurisprudencia del TEDH (finalidad legítima, proporcionalidad, transparencia). La cuestión ahora es la operatividad de dicho canon o test de legitimidad. Recordemos que el Tribunal subraya que se trata de criterios que las autoridades nacionales "deberían tener en cuenta" (ap. 120), y por tanto que las autoridades judiciales nacionales gozan de cierta discrecionalidad en su valoración de conjunto, debiendo limitarse el Tribunal a valorar si la argumentación de los tribunales nacionales es pertinente y suficiente.

Es interesante comprobar como en la posterior STEDH 22-2-2018, *asunto Libert contra Francia*, el TEDH hace una interpretación menos estricta sobre la aplicación por los tribunales nacionales del test de legitimidad. En el caso, la empresa cuenta con un código deontológico conforme al cual los trabajadores deben utilizar los medios informáticos a su disposición con fines exclusivamente profesionales. No obstante, se tolera un uso personal puntual y razonable del correo electrónico y de Internet con el fin de facilitar la vida práctica o familiar siempre que no sea susceptible de afectar a la calidad del servicio asociado. La información privada debía identificarse claramente como tal (la opción "Privado"). Tras unos meses de suspensión de empleo por otro motivo, por tanto, en ausencia del trabajador, la empresa había analizado el disco duro de ese ordenador sin informar al mismo.

Para el TEDH existe un fin legítimo. El Tribunal se limita a considerar que la injerencia buscaba garantizar la protección de los derechos del empleador, "que legítimamente puede querer asegurarse de que sus empleados utilizan los equipos informáticos puestos a su disposición para el desempeño de sus funciones, conforme a sus obligaciones contractuales y a la reglamentación aplicable" (ap. 46). Además, el TEDH entiende que el derecho al respeto de su vida privada no era obstáculo para que su empleador abriera los archivos en causa, dado que éstos no habían sido debidamente identificados como de carácter "privado", sino como "personales" (ap. 50), confirmando la argumentación del Tribunal de Casación francés, concretamente que "los archivos creados por el empleado con la ayuda de la herramienta informática puesta a su disposición por el empleador para el desempeño de su trabajo se suponen de carácter profesional, por lo que el empleador tiene derecho a abrirlos en su ausencia, excepto si están identificados como personales" (ap. 49). El Tribunal recuerda que corresponde ante todo a las autoridades nacionales, y en particular a los tribunales, interpretar el derecho interno; a reserva de "una interpretación arbitraria o manifiestamente irrazonable", su papel se limita a comprobar la compatibilidad de la interpretación del órgano judicial nacional con el Convenio (ap. 51). Hay que recordar que esta argumentación está en la base del voto particular a la sentencia de la Gran Sala en el *asunto Barbulescu*.

El TEDH parece facilitar en este asunto un importante margen de valoración

a los tribunales nacionales en la aplicación del test de legitimidad de la injerencia empresarial en la privacidad del trabajador, al menos en contraposición al control estricto que el TEDH ejerce sobre la labor de los tribunales nacionales en la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*. ¿El mero interés empresarial en el buen uso de las TIC es un fin concreto y específico para justificar la injerencia? ¿El dato formal de la calificación por el trabajador de los archivos como "personales" y no "privados", así como que el demandante había utilizado una parte importante de la capacidad de su ordenador profesional para almacenar los archivos en causa justifican la injerencia en dichos archivos "personales" y en el acceso a su contenido?. La gran novedad de la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, las garantías de transparencia de la política empresarial de vigilancia en el tratamiento de datos brillan por su ausencia: la notificación previa y clara al trabajador de la posibilidad de un control de los archivos del ordenador; la información previa sobre la naturaleza y alcance de la vigilancia a que podía a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada.

En definitiva, la STEDH 5-9-2017, *asunto Barbulescu*, supone un avance en la clarificación de criterios a tener en cuenta en la aplicación del art. 8 CEDH, pero se trata de un avance que conviene relativizar teniendo en cuenta que el TEDH considera necesario valorar las decisiones impugnadas a la luz del conjunto de la causa y respetar el margen de apreciación del que disponen los tribunales nacionales, bastando al Tribunal con que la argumentación de los mismos sea pertinente y suficiente.

LIBERTAD RELIGIOSA Y CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave**: Libertad religiosa, contrato de trabajo, derecho fundamental, puntos de conflicto, ponderación, acomodación

El trabajo versa sobre el derecho fundamental a la libertad religiosa en el contrato de trabajo en la forma en que ha sido entendida por la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, y con la finalidad de proporcionar elementos interpretativos necesarios para valorar el alcance de las resoluciones judiciales, se dedica una primera parte al estudio del propio concepto de libertad religiosa y su contraposición real con es de libertad ideológica del que, en una concepción general, forma parte. A este efecto el estudio se detiene en establecer las diferencias entre ambas libertades así como a precisar el contenido de la libertad religiosa y sus manifestaciones, con especial mención a la entidad de las convicciones y a la relación directa de las mismas con el trabajo. Establecido lo anterior, el análisis se centra en la relación entre libertad religiosa y contrato de trabajo, partiendo siempre de la jurisprudencia del Tribunal, lo que no impide que también se tengan en consideración otras resoluciones judiciales, sean del THUE como de los tribunales españoles al respecto. Partiendo de este objetivo, el artículo plantea una serie de hipótesis o preguntas referidas a todas las dimensiones de esa relación, ofreciendo respuestas críticas basadas en la jurisprudencia citada.

ABSTRACT **Key Words**: Religious freedom, employment contract, fundamental right, points of conflict, juriprudential solutions, weighting, accommodation

The work it turns on the fundamental right to the religious freedom in the employment contract in the form in which it has been understood by the jurisprudence of the ECHR. Nevertheless, and with the purpose of providing interpretive necessary elements to value the scope of the judicial resolutions, it is dedicates the first part to the study of the own concept of religious freedom and his royal contraposition to that of ideological freedom of which, in a general conception, it forms a part. To this effect the study stops in establishing the differences between both freedoms as well as to need the content of the religious freedom and his manifestations, with special mention to the entity of the convictions and to the direct relation of the same ones with the work. Established the previous thing, the analysis centres already on the relation between religious freedom and employment contract, dividing always of the jurisprudence of the ECHR, which does not prevent that also other judicial resolutions are had in consideration, be of the CJEU as of the Spanish courts in the matter.

 Recepción de original: 19.09.2018. Aceptación: 03.10.2018

ÍNDICE

1. Introducción
2. Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión: ¿identidad o diferenciación?
   2.1. La concepción unitaria de las libertades ideológica y de religión: sus razones
   2.2. Las pruebas de la diferenciación de la libertad religiosa por oposición a la libertad ideológica y sus consecuencias
3. Los criterios de diferenciación de la libertad religiosa frente a la libertad ideológica. Las exigencias de solidez de las convicciones y de relación directa entre el acto y la creencia religiosa
4. Ejercicio de la libertad religiosa y contrato de trabajo
5. El derecho a portar símbolos o atuendos, o a adoptar una determinada apariencia física vinculada a una concreta confesión religiosa
   5.1. Los hechos
   5.2. Las cuestiones suscitadas y sus respuestas según el TEDH
      5.2.1. Si solo la naturaleza normativa de las reglas prohibitivas avala una prohibición general de manifestar las convicciones religiosas o si, por el contrario, también pueden imponerlas normas privadas de carácter interno en la empresa; y con qué fundamentos en cada caso
      5.2.2. Si, al margen de la existencia o inexistencia de las normas y criterios generales en la empresa, el carácter imperativo, ahora de las reglas religiosas, refuerza la exigencia de su respeto por parte de la empresa, lo que no sucedería cuando tales normas religiosas no son de obligado cumplimiento
      5.2.3. Si la inexistencia de reglas, tanto generales como de empresa, de carácter prohibitivo refuerza la posición de la trabajadora y si resulta por ello más exigente y rigurosa la alegación de los valores e intereses que puede enarbolar la empresa para prohibir a sus trabajadores las manifestaciones de tipo religioso
      5.2.4. Si tienen prevalencia frente a la libertad religiosa los principios contractuales de buena fe y de obligado respeto a las reglas pactadas en el contrato de trabajo
      5.2.5. Si puede utilizarse como argumento empresarial para no aceptar la pretensión del trabajador de manifestar su convicción religiosa el rechazo a esa apariencia por parte de los clientes o usuarios de la empresa
      5.2.6. Si el comportamiento de la empresa ofreciendo un puesto de trabajo alternativo puede ser considerado una oferta empresarial adecuada para hacer viable, dentro de lo posible, el derecho del trabajador a manifestar públicamente sus creencias religiosas o el cumplimiento de sus prácticas religiosas
6. Libertad religiosa del trabajador y organización del trabajo en la empresa
   6.1. Libertad religiosa y adaptación de las tareas laborales
   6.2. Libertad religiosa y acomodación de los horarios y los descansos
7. Breve referencia a las empresas de tendencia

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está dedicado al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) relativa al art. 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH, en lo sucesivo)[1], artículo que tiene como título el de *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Más concretamente, el estudio se ciñe a la proyección de la libertad religiosa en el ámbito específico del contrato de trabajo, valorada teniendo en cuenta esencialmente las resoluciones emanadas del TEDH al respecto.

Pese a la existencia de un propósito tan limitado y preciso, su puesta en práctica requiere, para un mejor y más adecuado conocimiento de la jurisprudencia del TEDH, dejar sentadas una serie de cuestiones previas que se abordarán en los epígrafes que siguen. Estas cuestiones son las siguientes: a) En primer lugar, la de si las libertades mencionadas en el art. 9 son manifestaciones de una misma y unitaria libertad, que podría calificarse como libertad ideológica[2]; o si, por el contrario, se trata de libertades diferenciadas y autónomas, particularmente por lo que hace a la libertad religiosa; b) En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, lo referido a la determinación de en qué forma se establece la frontera entre la mera libertad de pensamiento y de conciencia y la libertad religiosa, algo inevitable desde luego si ésta se considera un derecho independiente, pero también si integrado en la libertad ideológica en la medida en que sea necesario y adecuado precisar el tipo concreto de manifestación de la libertad ideológica que puede ser objeto de lesión.

Por otra parte, el restringir el objetivo de este artículo, como lo indica su título, al análisis de la libertad religiosa se debe a que el art. 9 CEDH ha sido utilizado, casi de forma exclusiva, como fundamento de las solicitudes basadas en el ejercicio de dicha libertad. De manera que, aunque el art. 9 CEDH se refiere también a otras libertades como las de pensamiento y conciencia, lo cierto es que el fenómeno religioso monopoliza prácticamente su aplicación. Tanto, de forma muy reiterada y abundante, en relación con el respeto por parte del Estado,

1 Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y cuyo texto puede encontrarse en el BOE de 6 de mayo de 1999, donde se publica la versión en vigor. El art 9 del CEDH dice así*:*

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás."

2 De esta opción deja constancia, por ejemplo, ROSARIA FERRO, P.M., en "El derecho a la libertad religiosa y su tutela en el marco de un nuevo constitucionalismo europeo", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 8/2016, pp. 55 a 60.

en cualquiera de sus manifestaciones, de la libertad religiosa de los ciudadanos; como en lo que hace a ese respeto en el contexto de una relación, pública o privada, de prestación de servicios en situación de subordinación. De aquí que el presente trabajo se haya decantado por ceñirse a la libertad religiosa, anticipando una diferenciación respecto de las demás libertades ideológicas cuyo fundamento se tratará en el siguiente epígrafe.

Hecho lo anterior, la segunda parte del trabajo se destinará al análisis, como prometido, de la jurisprudencia del TEDH en torno a la relación entre la libertad religiosa como derecho fundamental y el contrato de trabajo, pudiéndose ya destacar, incluso en un primer acercamiento, una serie de puntos de conflicto[3]. Así, el que el hecho de profesar una determinada convicción religiosa, o de no profesarla, quede absolutamente excluido, salvo en las llamadas empresas de tendencia, como una circunstancia que pueda tener algún tipo de relevancia, tanto para la contratación como para el establecimiento de cualquier condición laboral, no estando el sujeto obligado a declarar acerca de sus creencias; un derecho absoluto salvo en lo que se refiere a las llamadas empresas o tareas de tendencia que se verán al final del presente trabajo. Otro punto de conflicto se suscita en torno a si es posible que, teniendo en consideración determinados intereses empresariales, éstos puedan ser fundamento para una limitación de las expresiones religiosas, individuales y colectivas, o para regular restrictivamente el uso de atuendos, símbolos o señales o apariencias físicas que identifiquen una religión concreta. Por último, el posible conflicto entre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y las exigencias de la organización productiva, esencialmente en cuanto a la organización del trabajo, las pausas, los horarios y los tiempos de trabajo y de descanso.

Como se indicado ya, el artículo se cierra con una referencia específica a las llamadas empresas de tendencia o tareas de tendencia en las que, como se sabe, entran en conflicto dos libertades, ideológicas o, en lo que aquí interesa, muy habitualmente religiosas con diferente titular: la de la empresa religiosa, dedicada a crear y difundir su credo o ideario, y la del trabajador individual que pretende o desarrolla una actividad productiva en beneficio de tales empresas.

2. LAS LIBERTADES DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN: ¿IDENTIDAD O DIFERENCIACIÓN?[4]

[3] De puntos o focos de fricción habla VALDÉS DAL RE, F. "Libertad religiosa y contrato de trabajo", en el volumen *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, 2006, p. 569-570 y 575-

[4] Sobre este debate, POLO SABAU, J.R. "El artículo m16 de la Constitución española en su concepción y desarrollo. Cuarenta años de laicidad y libertad religiosa". *Revista de Derecho Político*, 100/2017, pp. 321-345.

2.1. La concepción unitaria de las libertades ideológica y de religión: sus razones

El art. 9 CEDH no reconoce a la libertad religiosa de forma absolutamente independiente de las demás libertades; por el contrario, la recoge en una enumeración secuencial con otras dos libertades como son la de pensamiento y de conciencia. Así lo hace también, y de forma idéntica, el art. 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, a partir de ahora)[5].

A la vista de lo dicho podría afirmarse que, en el CEDH, al ubicarse la libertad religiosa en una enumeración de derechos dotados por el mismo art. 9 de una regulación unitaria, ello constituye la prueba de la intención del legislador de proporcionar un tratamiento igual al ejercicio de cualquiera de esas libertades ya que se trataría de derechos de semejante naturaleza, factura y alcance; siendo su variada mención más una enumeración ejemplificativa, descriptiva y meramente enunciativa que un repertorio específico de derechos distintos. Se trataría por tanto de una serie de libertades claramente emparentadas entre sí hasta el punto de poder formularlas como expresiones de una única y general libertad, llámese de pensamiento, de conciencia, de convicciones, términos todos usados por el art. 9 CEDH; o ideológica o de creencias, como hace el art. 16 de la Constitución Española (CE, a partir de ahora)[6].

Desde esta perspectiva, la genérica libertad ideológica daría acogida a toda la gama posible de convicciones o creencias[7]. En primer, lugar, las que consistan en una visión completa y estructurada de la existencia; lo que se refiere, sin duda aunque no exclusivamente, a la libertad religiosa (que funda esa concepción en una visión integral, fideística, sobrenatural y dogmática como compendio de credos o afirmaciones reveladas) pero también a otras formas de pensamiento, filosófico, ético o moral, igualmente complejas y estructuradas y que se fundamentan en valores no religiosos sino expresivos de una espiritualidad que podríamos denominar como laica o humanística sin contenido específicamente religioso. En segundo lugar, la libertad ideológica también acogería otro tipo de creencias, que en muchos casos pueden ser parciales y frecuentemente nada o poco estructuradas en cuanto cuerpo asistemático de ideología, pero que, no obstante, reflejan las

[5] Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01).

[6] Art. 16 CE:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.".

[7] Carazo Liébana, M. J. "El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental", *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política*, 14/2011, p. 45. y Rosario Ferro, cit, pp. 55-60.

opciones personales por una específica manera de entender, en función de unos concretos valores o principios, todos o algunos de los fenómenos sociales así como los vinculados a la existencia humana.

El tratamiento igualitario[8] de las diferentes libertades se manifiesta, por otra parte, en el propio art. 9 CEDH el cual garantiza que esas libertades, sean de pensamiento, de conciencia o de religión, puedan ejercitarse libremente mediante manifestaciones, individuales o colectivas, en público o en privado, y que pueden expresarse a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de ritos. Algo que puede ser manifestación tanto de la libertad de pensamiento y de conciencia como de la libertad religiosa, salvo obviamente en lo relativo al culto que tiene una clara y manifiesta impregnación religiosa. Incluso, cuando el art. 9 se refiere a las limitaciones que pueden imponerse a las libertades que menciona, se remite a iguales parámetros de respeto a la ley, la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas. Una identificación que también está presente en el art. 16 CE donde la libertad ideológica (compendio evidente a la libertad de pensamiento y de conciencia) se acompaña de la libertad religiosa (que, lógicamente, incluye la de culto) y ambas se garantizan, tanto a individuos como a comunidades, en lo que hace a sus manifestaciones, sin más límite, común para ambas, que el orden público. De la misma forma, en fin, que se establece un tratamiento igual para ambas libertades en cuanto a la prohibición de que alguien sea obligado a declarar sobre su ideología y religión.

2.2. Las pruebas de la diferenciación de la libertad religiosa por oposición a la libertad ideológica y sus consecuencias

Pese a lo dicho en el apartado anterior, no es una conclusión indiscutible que las tres libertades, de pensamiento, de conciencia y de religión (en el CEDH y en la CDFUE) o las libertades ideológica y religiosa (en la CE) tengan un tratamiento igual como si la libertad religiosa fuera solo una dimensión o un aspecto de la más general libertad ideológica. Por el contrario, la libertad religiosa, por todo tipo de razones históricas, culturales, sociales e incluso políticas, aparece de forma diferenciada, sea o no considerada como un derecho fundamental autónomo y distinto de la libertad ideológica.

Así sucede en los textos normativos mediante una formulación por oposición que tiende a establecer una diferenciación neta entre la libertad religiosa y las demás libertades expresivas de otro tipo de convicciones. Se trata de una oposición conceptual o bipolar que puede apreciarse en el mismo art. 9 CEDH cuando sintetiza las libertades de pensamiento y de conciencia en el concepto de convicciones, mientras que conserva, como oposición a esas convicciones, las que se

[8] Idéntico tratamiento, incluso literal, reciben esas libertades en el art. 10 de la CDFUE.

relacionan con el hecho religioso. Una dualización que es aún más clara en el art. 16 CE, viniendo a negar en la práctica que la libertad religiosa sea una expresión más de la libertad ideológica, constituyéndose en cambio como un derecho análogo pero diferente y alternativo del más amplio que se acoge bajo los conceptos de ideología, conciencia o convicciones. De la plasmación de esta diferenciación es un ejemplo claro, en el derecho español, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (LO7/80 en lo sucesivo), exclusivamente dedicada a regular la libertad religiosa sin que, en paralelo, se haya aprobado una similar Ley Orgánica destinada a la libertad ideológica.

Esta diferenciación puede tener implicaciones importantes. Como la de acabar atribuyendo incluso un valor especial a la libertad religiosa frente a la libertad ideológica, como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC, en lo sucesivo) 141/2000, de 29 de junio, la cual hace frente a la demanda de lesión de derechos fundamentales de un progenitor divorciado, partidario o miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, que ve limitados por la jurisdicción ordinaria de forma grave sus derechos de visita a los hijos debido a la alegación, por parte del otro progenitor, del posible daño que tales creencias podrían causar a los menores al considerar tal movimiento una secta (y, en consecuencia no protegida por la libertad religiosa aunque puede que tampoco por la libertad ideológica), con su connotación negativa de limitación del libre juicio, particularmente en el caso de los menores de edad. Lo llamativo es que el TC considera las medidas impuestas por los tribunales de familia lesivas del derecho fundamental recogido en el art. 16 CE por excesivas y desproporcionadas; pero no en cuanto al hecho en sí del tratamiento privilegiado de la libertad religiosa (católica en este caso) frente a lo que está fuera de su ámbito de aplicación por tratarse de convicciones que no pueden ser consideradas religiosas, dando preeminencia a la libertad religiosa frente a la más general libertad ideológica.

Para llegar a su conclusión, el TC hace un recorrido argumental lleno de elementos conceptuales y diferenciaciones discutibles y que, sobre todo, imponen un tratamiento mucho menos protector de las convicciones no religiosas o que se aparten de las confesiones clásicas más establecidas. Así, aunque el movimiento al que se adscribe el demandante es el llamado Movimiento Gnóstico Universal de España, el TC duda de si se trata de una convicción secular o religiosa, lo que inevitablemente y de forma un tanto subconsciente acaba relegando a esas convicciones al territorio, más difuso y menos tutelado, de las convicciones no religiosas. En la misma línea, el TC manifiesta una evidente desconfianza en tal Movimiento ya que, aunque rechace que se trata de un secta ya que su dimensión dañina no ha sido probada, sin embargo, acepta expresamente que la limitación impuesta al demandante de manifestar sus creencias ante sus hijos y de llevarlos a participar en actos concretos relacionados con esas creencias, sí es razonable, con alegaciones que se conectan con la tutela de los derechos del niño. Una conclu-

sión muy grave que podría estar en contradicción con el art. 27.3 CE que atribuye a los padres el derecho a que sus hijos reciban la enseñanza, no solo religiosa sino también moral, que se corresponda con sus propias convicciones y que, desde luego, solo se ve satisfecho permitiendo a ambos padres introducir a los hijos en sus propias convicciones, sean o no institucionalmente reconocidas como confesiones religiosas y pertenezcan o no a las llamadas confesiones tradicionales y más consolidadas.

En cuanto al TEDH, esa diferencia, y una sutil jerarquización, entre la libertad religiosa y otras libertades no expresivas de convicciones religiosas, también se deja ver, atribuyendo igualmente al dato religioso un diverso y mayor relieve. Sin duda debido a rasgos que caracterizan a las confesiones religiosas como su presencia histórica, social, cultural y política, su extensión geográfica y personal, la densidad y coherencia de su cuerpo doctrinal y su proyección sobre todos los órdenes de la vida. De aquí que el TEDH proceda siempre, previamente al análisis de fondo de la reclamación, a determinar no solo qué artículo concreto del CEDH resulta afectado sino, más aún y aceptando de que se trata del art. 9 CEDH, a fijar si el comportamiento que se reprocha, sea de un sujeto público o privado, es una lesión a la libertad ideológica o si, por el contrario, lo es de la más específica libertad religiosa.

Dejando al margen, por ahora, el tema concreto de cómo delimitar las imprecisas fronteras entre el hecho religioso y el hecho ideológico, lo cierto es que, una vez que el comportamiento se haya identificado con la libertad religiosa, el juicio acerca de si tal libertad ha sido o no dañada se hará ya conforme a criterios interpretativos directamente relacionados y aplicables a esa misma libertad y que tienden imperceptiblemente a favorecerla frente a la más general libertad ideológica. Un ejemplo de ello es el Asunto Lautsi y otros contra Italia, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de marzo de 2011[9] en la que la demandante, en nombre propio y de sus hijos menores, plantea la lesión de su derecho a la libertad religiosa y del principio de neutralidad del Estado, impuesto por la Constitución italiana, debido a la existencia de símbolos religiosos en las aulas de la enseñanza obligatoria pública.

Para el TEDH, desde el momento en que la libertad religiosa está orientada a salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, ello implica que el Estado debe atender a que las informaciones o conocimientos que figuren en los programas educativos se difundan de manera objetiva, crítica y pluralista frente al hecho religioso, al margen de todo propósito proselitista o de adoctrinamiento. Además, para el TEDH la obligación de respeto y neutralidad del Estado no se ciñe solo a los programas formativos y a los textos de enseñanza ya que se impone igual-

[9] Cuestión ya abordada anteriormente por la Sección Segunda del TEDH en Sentencia de 3 de noviembre de 2009, en un sentido corregido en el año 2011 por la Gran Sala. Un comentario a la primera de las sentencias, Lozano Contreras, F. "La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública". *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 35/2010, pp. 223-237.

mente al conjunto de las funciones y responsabilidades estatales en este ámbito; lo que incluye sin duda alguna todo lo relativo al entorno en el que se imparten las enseñanzas..

Pero, una vez llegado a este punto, la Gran Sala del TEDH, aunque con contradicciones y votos disidentes, concluye que la presencia de los crucifijos en las aulas italianas es el fruto de una evolución histórica que le da una connotación cultural e identitaria que, en sí misma, no lesiona la libertad religiosa de los padres y alumnos que no profesan esa religión. Finalmente, es el carácter de símbolo pasivo del crucifijo (seguramente para evitar el reproche de adoctrinamiento en el que se basaba la reclamación) así como el que la imagen identifique a una religión mayoritaria en el país e integrada en los usos culturales de la población, lo que hace legítima, según el TEDH, esa visibilidad preponderante de la religión católica. En todo caso, señala el TEDH, es al Estado y a sus órganos judiciales a quienes corresponde establecer si determinados comportamientos son o no contrarios a la libertad religiosa; para lo que tiene un llamado margen de apreciación, obviamente no ilimitado, pero necesario y obligado por la complejidad nacional de ese tipo de hechos[10]; una remisión a la singularidad nacional, con su carga de maniobrabilidad, que no está tan presente en los casos en los que es sencillamente la ideología más general la que está en juego.

Como puede verse, la tutela de la libertad religiosa se alza, de forma muy intensa, frente a la mera libertad ideológica o a la libertad negativa de no profesar ninguna religión. Así lo pone de manifiesto una de las opiniones individuales emitidas (la del Juez Bonello) que, siendo radicalmente partidario del mantenimiento del crucifijo en las aulas por no lesionar la libertad religiosa, llega a afirmar que, a la vista de las raíces históricas de la presencia del crucifijo en las aulas italianas, retirarlo de donde se encuentra discreta y pasivamente desde hace siglos no sería un signo de neutralidad sino "una adhesión positiva y agresiva al agnosticismo o a la laicidad lo que sería todo menos un acto neutral".

Es cierto que esta prevalencia del hecho religioso, y la pretensión de acogerse a la libertad religiosa, refuerza en la práctica, aunque obviamente no la haga inmune, la posición del titular de esa libertad. Pero no solo, como ha quedado dicho, frente a la libertad ideológica general del individuo (algo que puede valorarse como inadecuado y negativo) sino también (lo que puede ser positivo) frente a cualquier otro derecho fundamental o valor constitucional como pueden ser los defendidos por el Estado (laicidad, neutralidad o aconfesionalidad), los derechos de los que son titulares los terceros, o (dejando nuevamente al margen a las empresas de tenencia) los intereses económicos asociados a la libertad de empresa. Algo, esto último, que se trasluce, aunque no siempre, en las resoluciones del TEDH.

[10] A ese margen interpretativo se refería ya la Sentencia del TEDH, de 25 de mayo de 1993, Asunto Kokkinakis contra Grecia, donde se señala que los Estados tienen un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de una injerencia en la libertad religiosa, si bien recuerda que ello no excluye un control europeo sobre la ley nacional y las decisiones que la aplican.

3. LOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA FRENTE A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. LAS EXIGENCIAS DE SOLIDEZ DE LAS CONVICCIONES Y DE RELACIÓN DIRECTA ENTRE LA CREENCIA RELIGIOSA Y EL ACTO O COMPORTAMIENTO

En cuanto a la identificación del hecho religioso, el TEDH ha aplicado un criterio muy generoso, acogiendo en el mismo una amplísima gama de convicciones que considera de esa naturaleza y cuya tutela, en consecuencia, puede acogerse al art. 9 CEDH bajo esta concreta calificación de la libertad que se ejercita. De esta forma, ha reconocido que pueden ser consideradas convicciones religiosas: en primer lugar, las religiones tradicionales y consolidadas como el alevismo, el budismo, toda la gama de convicciones cristinas incluso minoritarias y circunscritas geográficamente, el hinduismo incluyendo el movimiento Hare Krishna, el islam, el judaísmo, el sikhjismo o el taoísmo; en segundo lugar, religiones relativamente nuevas como el animismo de Mandaron, el movimiento Bhagwn Shree Rajneesh, llamado Osho, la iglesia Moon, el mormonismo, el movimiento raeliano, el neopaganismo, la religión del Santo Daime, o los testigos de Jehová o incluso la iglesia de la cienciología[11]; también, en tercer lugar, una serie de confesiones filosóficas como el pacifismo, el veganismo, el apoyo a la laicidad así como cuestiones más específicas como las medicinas alternativas y la oposición al aborto o a las uniones del mismo sexo.

Seguramente influye en esta concepción laxa de lo religioso el que el mismo TEDH haya sostenido que carece de competencia para pronunciarse sobre cuestiones teológicas, sin que pueda entrar en la controversia acerca de qué convicciones, y manifestaciones de éstas, tienen o no la condición de religiosas, subrayando que, si a efectos de su razonamiento, está obligado a considerar términos y conceptos religiosos, solo lo hace con la estricta y limitada finalidad de establecer si es aplicable el art. 9 CEDH. Para lo que no es determinante, continúa, el hecho del reconocimiento o no por el Estado de tal confesión como religiosa ya que lo contrario sería atribuir al Estado la facultad de establecer qué convicciones lo son; ni tampoco lo es, de forma absoluta, el hecho de que la asociación religiosa de que se trate se dedique a actividades lucrativas, aunque diferenciando entre el mensaje estrictamente religioso y el comercial[12].

En cuanto al ateísmo, partiendo del hecho de que esa corriente de pensamiento lo que expresa es *"una cierta concepción metafísica del hombre, que condi-*

[11] Ver en este sentido la *Guía sobre el artículo 9 del Convenio europeo de derechos del hombre. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2018, pp. 9-11.

[12] Ibídem, p. 11. De forma amplia, la Sentencia, del 24 de abril de 2016, en el asunto Izzetin Dogan y otros contra Turquía, respecto de la reclamación al Estado por parte de los seguidores del alevismo de un servicio público religioso similar al que disfrutan en Turquía los adeptos a la corriente más ordinaria y numerosa del islam.

ciona su percepción del mundo y justifica su acción", el TEDH sostiene que no puede ser válidamente diferenciado de un culto religioso en el sentido más clásico y habitual. Y, por tanto, no se puede atribuir al ateísmo un estatuto radicalmente diferente del que se dota a las convicciones religiosas; finalizando su argumentación con la afirmación de que la libertad personal de convicciones, pero también la de religión, *"es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes"*[13].

Y ello aunque el propio TEDH haya dicho en repetidas ocasiones que no todas las creencias y convicciones forman parte, obviamente, del campo de aplicación de la libertad religiosa, como sucede en el asunto Pretty contra el Reino Unido[14], acerca de un supuesto en el que el marido de una enferma grave y terminal reclamaba de la Administración de Justicia inglesa no ser perseguido en el caso de que decidiera ayudar a suicidarse a su esposa. La alegación del principio de autonomía personal no tiene para el TEDH valor religioso alguno en el caso, no siendo el comportamiento descrito una forma de manifestación de la religión ya que el término *"prácticas*" establecido en el art. 9 para referirse a las manifestaciones de la libertad religiosa *"no da cobertura a todo acto motivado o influenciado por una religión o una convicción"*. Lo que, por cierto, introduce una nueva línea divisoria, más sutil, entre actos que se consideran práctica de la religión y otros que solamente están influenciados, general o indirectamente, por una determinada confesión religiosa.

Lo dicho contrasta en España con lo establecido en el artículo tercero, número dos, de la LO7/80, el cual tiene como finalidad determinar el ámbito de aplicación de la Ley, indicando qué tipo de convicciones tienen carácter religioso y cuáles no[15]. Conforme a él, todas las actividades (referencia que debe considerase comprensivas de cualquier actividad, servicio o comportamiento ya se trate de reuniones, actos rituales o manifestaciones aisladas o singulares de todo tipo) que se vinculen a finalidades ajenas a lo religioso se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la LO7/80, como sucede, y así lo dice expresamente el artículo, con el estudio y la experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, la difusión de valores de tipo humanístico o espiritualista u otros análogos como los éticos o morales.

Se trata de una diferenciación que, no obstante, arroja muchas dudas. Porque si bien la identificación de lo religioso con las confesiones reconocidas y consolidadas cultural y socialmente no ofrece dudas, no es tan fácil de establecer respec-

[13] Sentencia del caso Kokkinakis contra Grecia citada en la nota 10. VALDÉS DAL RE, cit. pp. 584-585.

[14] Sentencia de la 4ª Sección del Tribunal de 29 de abril de 2002.

[15] Artículo tercero, dos, de la LO7/80: "*Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos"*.

to de fenómenos como las convicciones religiosas emergentes o minoritarias, las no institucionalizadas, las creadas a partir de procesos de divergencia confesional, así como en relación con otras creencias fundadas, no en la afirmación y difusión de una religión concreta, sino justamente en el rechazo, a unas o a todas, como es característico de los movimientos ateos, agnósticos o arreligiosos.

En todo caso, de aplicar estrictamente el artículo tercero de la LO7/80, lo que se produce es un evidente punto de fricción con la jurisprudencia del TEDH antes referida. Si bien todo depende, lógicamente, de la interpretación que se dé a dicho artículo: si flexible, en la línea del TEDH, o restrictiva mediante un entendimiento limitativo de lo que debe ser entendido por religión. Para responder a esta pregunta, y buscando otros elementos interpretativos en el texto de la misma LO7/80, todo parece indicar que la Ley se decanta por una visión estricta de lo que es ejercicio de la libertad religiosa, sometiéndola prácticamente al dato de la institucionalización. Así puede desprenderse del artículo quinto referido a un registro de iglesias, confesiones y comunidades religiosas; un registro que es verdad que solo puede ser declarativo ya que no compete al Estado calificar si determinados comportamientos son o no expresivos de la libertad religiosa. Pero que, no obstante, sí implica la idea de que, a los efectos de la LO7/80, la libertad religiosa individual se ejercita normalmente en el seno de alguna de las confesiones religiosas de las que son representación las iglesias, confesiones y comunidades a que se refiere la LO7/80 y que, normalmente, figurarán identificadas en el pertinente registro.

Una visión, pues, institucional de lo que significa la libertad religiosa en cuyo marco, los comportamientos individuales podrán ser considerados sin duda ejercicio de dicha libertad. Es decir, confesiones institucionalmente estructuradas y dotadas de una cierta implantación y reconocimiento; con arraigo social y territorial, con un fin claramente religioso en cuanto dedicadas a la observancia y difusión de un credo fideístico, que tienen una cierta estructura institucional y que se expresan colectivamente a través de las agrupaciones en las que confluyen las convicciones de los individuos y que se identifican con iglesias, confesiones y comunidades religiosas, específicamente inscritas en el registro.

Pero esa visión expulsa de la libertad religiosa a los adeptos a otras confesiones que no tienen esas características y de las que puede dudarse si se pueden amparar en el art. 9 CEDH por no quedar claro si se trata o no de confesiones religiosas. De aplicar esta interpretación, quedarían excluidas de la libertad religiosa regulada por la LO7/80, acogiéndose en todo caso a la más general libertad ideológica, además de las organizaciones carentes de una finalidad religiosa en la medida en que defienden otros valores éticos, morales o humanísticos, las creencias religiosas sin estructura institucional o sin arraigo, y también las convicciones que se apoyan no tanto en la práctica de una determinada religión sino en la negación misma del hecho religioso.

No obstante, el contraste con la jurisprudencia del TEDH puede salvarse si se parte de una exigencia y se ofrece una interpretación diferente de la LO 7/80. En cuanto a lo primero, haciendo que juez nacional maneje un concepto de lo religioso lo suficientemente extenso y flexible, mediante una interpretación proclive a aceptar la presencia de esa dimensión de la libertad personal si es la que se ha alegado como lesionada por el reclamante. Además, el juez debe partir de que la descripción que hace el artículo tercero LO 7/80 de las convicciones que no se consideran religiosas constituye una excepción al concepto de actividad religiosa y como tal debe ser interpretada restrictivamente, refiriéndose en esencia a las que ninguna conexión tienen con la religión y que así lo han expresado o se desprende claramente de sus fundamentos, objetivos y medios. En la práctica, lo anterior significa que deberá primeramente dilucidarse, de forma flexible y no restrictiva, si la lesión alegada lo es o no de la libertad religiosa y, solo excluyéndolo, plantearse, de forma residual, si la libertad que puede entenderse lesionada es la ideológica.

Por otra parte, el mensaje institucional de las confesiones religiosas que se desprende de la LO 7/80 puede dejarse al margen en este conflicto clasificatorio si se considera que todas las referencias institucionales a las confesiones religiosas que se contienen en los artículos cuatro y siguientes de la LO 7/80 tienen valor más bien en el plano de la relación entre tales iglesias y el Estado, lo que podría llamarse la dimensión objetiva de la libertad religiosa[16]. Pero menos en lo que se refiere al ejercicio individual de dicha libertad, por lo que el contexto normativo de la LO 7/80 no sería utilizable para favorecer una interpretación restrictiva a institucionalizada del artículo tercero en cuanto a la existencia o no de una libertad religiosa dañada.

Pese a la amplitud descrita del concepto de lo religioso, existe un rasgo vital de esas confesiones sobre el que el TEDH basa su calificación de confesión religiosa[17], y es la solidez y consistencia de las mismas. Por este motivo dice el TEDH que para que una convicción personal o colectiva pueda acogerse a la libertad religiosa (o ideológica), es preciso que tenga un grado suficiente de fuerza, de seriedad, de coherencia y de importancia[18]. Es decir, que sea conforme a ciertas

[16] Carazo LiébanA, cit. pp. 42-43.

[17] Aunque es también una exigencia para la libertad ideológica (Sentencia de la 4ª Sección del TEDH, de 15 de enero de 201, en el asunto Eweida y otros). Un reflejo de este tipo de argumento se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ, en lo sucesivo) del País Vasco, de 5 de marzo de 2002 (AS/2002/1527) en el caso del despido de la secretaria técnica del Colegio de Abogados de Álava, entendiendo la trabajadora que tal decisión se adopta por "chocar con las ideas de la Junta de Gobierno" y alegando que se ha vulnerado su libertad ideológica. Frente a ello, el TSJ, al margen de rechazar tal alegación de lesión del derecho fundamental regulado por el art. 16 CE por no apreciarse indicios de la misma al no haber sido probados por la reclamante, rechaza lo que considera una banalización del concepto de ideología que requiere una cierta solidez y consistencia y que no puede confundirse con unas concretas opiniones sobre determinadas decisiones de la Junta de Gobierno del Colegio.

[18] Valdés Dal Re, cit. p. 585, citando la Sentencia del TEDH en el caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido, de 25 de abril de 1982.

reglas fundamentales respetuosas de la integridad y la dignidad del hombre; que la convicción verse sobre cuestiones que no sean banales, extravagantes o anecdóticas, y que sea coherente, es decir, inteligible y comprensible. Este conjunto de adjetivos debe ser interpretado en el sentido de que se exige a esas creencias que se alegan como religiosas que estén dotadas de un cierto cuerpo doctrinal, que se trate de una visión más o menos omnicomprensiva del mundo y del reflejo en él de las propias convicciones, y que tenga una cierta mínima implantación y presencia social.

Por ello el TEDH a la hora de calificar unas conductas como expresivas del ejercicio de la libertad religiosa no puede eludir el indagar acerca de la entidad y consistencia de tales creencias. Aunque ello implique penetrar en un terreno, el de la calificación religiosa de determinadas convicciones, respecto del cual entiende que ni el Estado, ni el propio TEDH, tienen competencias. Así lo ha dicho en la Sentencia del caso Eweida y otros[19] al afirmar que *"el deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier poder de apreciación por su parte de la legitimidad de las convicciones en cuestión o de la manera cómo se expresan*"; y que el propio TDEH tampoco es competente para pronunciarse sobre cuestiones *"puramente teológicas, entrar en controversias en este terreno o determinar con autoridad cuáles son las creencias, los principios y las exigencias de tal o tal religión*". Lo que no excluye, el que, a efectos del propio razonamiento, el TEDH pueda recurrir a ciertos términos y conceptos religiosos[20].

Es claro que esta exigencia a las convicciones de solidez y de consistencia favorece a las iglesias y confesiones institucionalizadas, de las que no se duda que están dotadas de los atributos exigidos; e, inevitablemente, coloca en peor posición a convicciones, incluso claramente religiosas, pero no fruto de un pensamiento integral y codificado, o expresivas de un mensaje más o menos insustancial, más superficial o incluso incoherente, o a religiones absolutamente minoritarias. No obstante, esta exigencia del TEDH no puede ser criticada, so pena de introducir tal clase de flexibilidad en el concepto de ideología, sea o no religiosa, que llevaría a una banalización del propio concepto tanto en su vertiente secular como la propiamente religiosa.

[19] La Sentencia de la 4ª Sección del TEDH, de 15 de enero de 2013, habitualmente identificada con el asunto Eweida es una resolución en la que se acumulan otros tres asuntos más referidos a la libertad religiosa de los trabajadores, si bien, tratándose en todos los casos de manifestaciones de la fe religiosa, aborda el portar un crucifijo en el medio de trabajo (reclamantes Eweida y Chaplin) o el cambio de la organización del trabajo para acoger convicciones religiosas en concreto la oposición a las uniones de naturaleza homosexual (en el supuesto de los reclamantes Ladele y McFarlane). Dada la diferente fundamentación y pretensiones de cada reclamante, en el trabajo se procederá a citar la Sentencia como Eweida cuando haga afirmaciones de tipo general, como Eweida/Eweida cuando sus afirmaciones estén relacionadas precisamente con la trabajadora que proporciona el nombre genérico a la Sentencia y como Eweida mas el nombre del concreto reclamante en los casos en que sus afirmaciones se ajustan directamente al supuesto de hecho concreto que se juzga (Eweida/Chaplin, Eweida/Ladele y Eweida/McFarlane).

[20] En un sentido similar la Sentencia del caso Izzettin Dogan y otros contra Turquía, citada en la nota 11.

En consecuencia y partiendo de lo dicho, no se suscitarán conflictos entre los órganos judiciales nacionales y el TEDH en la medida en que, condicionados por el TEDH, los jueces nacionales apliquen, a la hora de decidir si el hecho de que se trate constituye o no una lesión de la libertad religiosa, criterios muy flexibles y laxos. Y sin requerir necesariamente que dicha confesión religiosa esté dotada de una cierta institucionalización (inscripción en el registro, personalidad jurídica propia, estructura institucional, etc.), aunque es obvio que esta circunstancia decantará con más facilidad la calificación del pelito como referido a la libertad religiosa.

Establecido lo anterior a partir de la constatación de que la confesión en cuestión tiene el grado de fuerza y de importancia requerida, el TEDH señala, una vez más en la Sentencia del caso Eweida[21], que *"no todo acto inspirado, motivado o influenciado por ella* (la religión) *puede ser considerado una manifestación del credo religioso*". De manera que no queda garantizado en todos los casos que el derecho a comportarse de una forma dictada por una convicción religiosa pueda encontrar siempre acogida en el art. 9, no sucediendo así, por ejemplo, cuando los comportamientos o actitudes de que se trata tienen una relación con un principio de fe superficial, interesada, especulativa o como simple pretexto banal o es más bien una forma de sustraerse a reglas que son obligatorias para todos[22].

Así lo entiende el TEDH[23] al sostener que para que un determinado acto o comportamiento sea "*calificado de manifestación de la libertad religiosa debe estar estrechamente ligado a la religión o a la convicción"*; un lazo que*, "suficientemente estrecho y directo entre el acto y la convicción*", debe ser establecido en vistas de las circunstancias de cada caso. Sin aceptar, como se ha precisado antes, que cualquier acto motivado o influenciado por una religión pueda entrar automáticamente en el campo de aplicación del art. 9 CEDH, excluyéndose cuando el factor religioso solo tiene una relación referencial, contextual o indirecta, o carece de una mínima intensidad determinante de los comportamientos personales[24].

[21] Aunque ya lo había dicho en la Sentencia de la 2ª Sección, de 24 de enero de 2006, en el asunto Kurtulmus contra Turquía.

[22] Sentencia de la Gran Sala de 10 de noviembre de 2005, en el asunto Layla Sahin contra Turquía en relación con una estudiante que pretendía portar el velo islámico en las instalaciones y cursos de la Facultad de Medicina, alegando que la prohibición general existente en Turquía en cuanto a los espacios públicos impedía considerar la intención de la reclamante como directamente vinculada a una convicción religiosa, pudiéndose apreciar otro fin, de tipo político además de una finalidad de sustraerse a las reglas que están vigentes para todos los estudiantes. El mantenimiento de la paz social, la protección y libertades de los demás, los imperativos del orden público y el fomento del propio pluralismo religioso son los argumentos esgrimidos por los tribunales nacionales y que el TEDH valida; todo ello teniendo en cuenta el margen de apreciación necesario derivado del análisis del contexto en el que se produce la injerencia del Estado en la libertad religiosa. En un sentido similar la Sentencia de 24 de enero de 2006, en el asunto Kóse y otros contra Turquía.

[23] Una vez más en el caso Eweida y otros.

[24] El repertorio es muy amplio y puede consultarse en la *Guía sobre el artículo 9…*cit, pp. 13/16. Así aparecen como argumentos que, para el TEDH, no justifican acogerse al artículo 9 CEDH casos como: la voluntad de anular el bautismo y la confirmación recibidos; el rechazo de un padre a pagar

En cuanto al cumplimiento de esta exigencia del vínculo directo entre confesión religiosa y manifestaciones de ella, puede aceptarse sin duda que existe ese vínculo estrecho entre religión y sus manifestaciones cuando éstas son consecuencia de mandatos religiosos directos y de naturaleza obligatoria para los creyentes. Y en la medida en que tales mandatos provienen del cuerpo de doctrina religiosa de que se trate es indudable que su cumplimiento es una manifestación indiscutible de la libertad religiosa en cuanto constituye incluso un deber religioso para el creyente. Pero no necesariamente ha de circunscribirse a este tipo de religiones y a sus mandatos la presunción de existencia de ese vínculo ya puede darse igualmente en el caso de otras confesiones más tolerantes y menos exigentes con la obligación de mostrar externamente las convicciones religiosas.

En primer lugar porque forma parte de la libertad religiosa el hacer proselitismo, es decir, el intentar convencer al otro de las propias creencias; aunque deba distinguirse entre el testimonio religioso, que puede comprender la enseñanza de los preceptos de la propia religión, y el proselitismo abusivo que persigue ese mismo fin pero con medios ilegítimos como recurrir a la presión psicológica, a la intimidación o a la violencia, u ofrecer ventajas materiales o sociales[25]. Pues bien, es en función de este objetivo de extensión de las propias creencias que las manifestaciones de fe religiosa pueden considerarse directamente vinculadas a la finalidad religiosa.

En segundo lugar, porque la exteriorización de las convicciones religiosas puede responder a una intención legítima de dar testimonio de una determinada fe mediante el atuendo, el aspecto físico, o el portar de manera visible determinados símbolos, prendas u objetos que se relacionan de forma directa con la religión de que se trate en la medida en que, con gran economía del lenguaje, expresan sintéticamente todo el conjunto de creencias religiosas que están detrás de esos símbolos. En todo caso, lo que se quiere decir es que, la manifestación externa del credo religioso constituye a la postre una elección personal, al margen de preceptos; una opción perfectamente legítima de exteriorizar su fe mostrando ciertos modos de apariencia física y vestimentaria e incluso practicando públicamente su culto.

la pensión alimenticia de su hija porque había cambiado de religión; la exigencia de eliminación, por parte de un activista del frente islámico de salud, de las trabas que las autoridades suizas le habían impuesto en el uso de determinados medios de propaganda debido a que su motivación era esencialmente política y no religiosa, algo que sucede con alguna frecuencia en los casos de religiones que no diferencian entre el espacio secular y el propiamente religioso; la prohibición a los estudiantes masculinos de entrar en los campus universitarios turcos portando la barba; o el comportamiento de una religiosa condenada a una multa por haber alterado el orden público durante una ceremonia religiosa haciendo declaraciones en voz alta durante el tiempo de las oraciones; o cuando un padre se opone a la educación de su hija, bajo custodia de la madre, en la religión católica siendo así que la madre no había hecho otra cosa que secundar una elección libre de la hija común; o, en fin, lo relativo a la inscripción de una marca con fines puramente comerciales aunque esta marca se componga de símbolos gráficos de naturaleza religiosa.

25 Sentencia del caso Kokkinakis contra Grecia (1993)

En todo caso, el TEDH reclama, es verdad que de forma excepcional, que la adhesión a un determinado credo religioso debe ser sincera. Lo que no puede ser un juicio acerca de la propia religión sino, más sencillamente, sobre si el reclamo del trabajador a determinados mandatos de la religión que dice practicar es auténtica y sincera de forma que cabe la posibilidad de exigir al interesado la prueba o al menos una mínima justificación de que pertenece a esa comunidad religiosa y de que su alegación de la libertad religiosa no persigue exclusivamente la obtención de beneficios y ventajas laborales asociados a esa creencia. Es lo que se plantea en el asunto Kosteski contra la exrepública yugoeslava de Macedonia, de 13 de abril de 2006. Algo que reaparecerá en la Sentencia del caso Eweida/Ladele y Eweida/McFarlane que se refieren insistentemente a la sinceridad de las convicciones de los trabajadores afectados.

Como conclusión de lo dicho se puede afirmar que, para encontrar cobijo en el art. 9 CEDH, el acto o comportamiento ha de ser la expresión sincera de un credo religioso suficientemente estructurado y sólido, además de existir una vinculación directa entre la pretensión y la convicción religiosa.

4. EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y CONTRATO DE TRABAJO

Lo dicho hasta ahora ha servido para situar la cuestión de la confrontación de la libertad religiosa con otros derechos, intereses o valores, cuando se pretende ejercitar por un trabajador en situación subordinada frente a su empresa. Conviene recordar aquí la tesis ya habitual del TEDH que entiende que la libertad religiosa tiene dos dimensiones[26]: de una parte, la interna que se circunscribe al ámbito de la intimidad personal y que no puede ser violada en forma alguna; lo que sucede cuando la injerencia empresarial consiste en la indagación acerca de las convicciones religiosas del trabajador, ya sea en el momento de la contratación como con ocasión del cambio de las condiciones de trabajo o de la extinción misma del contrato, a salvo, y en las condiciones requeridas, el supuesto de las empresas o tareas de tendencia. La dicción del art. 16.2 CE es suficientemente tajante al respecto.

La otra dimensión de la libertad religiosa es la externa y que consiste en la exteriorización de las propias convicciones. Lo que puede tener lugar de muchos modos: portando visiblemente símbolos identificatorios de la religión o de su mensaje; llevando insignias, aderezos, broches o determinadas joyas también

[26] Valdés Dal Re, cit. pp. 586-587 y 598-591; Salas Porras, M. "Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española", *Revista crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social*, 9/2014, p. 48; y García González-Castro, G. "Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, 1/2016, pp. 332.

vinculadas con la religión; adoptando un determinado tipo de atuendo o un concreto aspecto físico; realizando determinadas prácticas, igualmente asociadas a una concreta religión, respecto de la manipulación de los alimentos, los tiempos de trabajo y de rezo, así como los de descanso semanal y las pausas.

Todo ello son manifestaciones de la libertad religiosa que, en el terreno del contrato, pueden diversificarse en dos categorías[27].

De una parte, las manifestaciones religiosas que solo exigen del empresario la tolerancia frente a las mismas, sobre la base de que todas las religiones son aceptables y que sus manifestaciones deben ser respetadas en la medida en que solo reclaman de la empresa la posibilidad de hacer pública su identidad religiosa, sin que ello exija una adaptación de la organización de la empresa ni tampoco ningún otro comportamiento que el de mero respeto a ese concreto ejercicio de la libertad religiosa por parte del trabajador.

La otra categoría de manifestaciones es más incisiva ya que exige, como derivación de la libertad religiosa, la adaptación de las condiciones de trabajo a las convicciones religiosas de los trabajadores, particularmente en cuanto a la propia organización del trabajo o los días y tiempos de descanso. De manera que, de aceptarse este planteamiento, el empresario estaría obligado a modificar su estructura productiva en la medida necesaria para permitir esa concreta manifestación de la libertad religiosa del trabajador. Uno y otro tipo de manifestaciones, y las exigencias que se derivan de ellas para las empresas a se abordarán en los siguientes epígrafes.

5. EL DERECHO A PORTAR SÍMBOLOS O ATUENDOS, O A ADOPTAR UNA DETERMINADA APARIENCIA FÍSICA VINCULADA A UNA CONCRETA CONFESIÓN RELIGIOSA

Las Sentencias más relevantes del TEDH en relación con esta concreta cuestión, y que son las que se utilizarán básicamente para este trabajo, son: la Sentencia de la 2ª Sección de 15 de febrero de 2001, en el asunto Dahlab contra Suiza; las ya citadas Sentencias en el asunto Kurtulmus contra Turquía y del caso Ewaida y otros; y, finalmente, la Sentencia de la 5ª Sección de 26 de noviembre de 2015, en el asunto Ebrahimian contra Francia.[28] Tres de ellas versan sobre la decisión de la trabajadora de portar en el lugar de trabajo el velo islámico como manifestación y cumplimiento de los mandatos de una determinada religión; en otras dos, el símbolo religioso pertenece a otra religión consolidada como es la

[27] Rodríguez Cardo, I.A. "Libertad religiosa y contrato de trabajo: Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero", en el volumen *Derechos del trabajador y libertad de empresa (20 casos de jurisprudencia constitucional)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 276.

[28] Sobre estas cuestiones, con comentario de las Sentencias Dahlab, Eweida/Eweida y Eweida/Chaplin, García González Castro, cit. pp. 336-344.

cristiana y se trata de una intención igual de las trabajadoras de portar un crucifijo como expresión de la propia fe.

Asumido en todos los asuntos mencionados que las religiones a las que se remiten las prácticas religiosas de los trabajadores (el islam y el cristianismo) son religiones consolidadas y sólidas, la cuestión de si existe un vínculo directo entre tales religiones y las pretensiones de las trabajadoras (llevar un velo islámico, las de este credo; portar un crucifijo al cuello, en el caso de las cristianas) solo se suscita en relación con el símbolo cristiano, dándose por descontado, sin duda por su componente de mandato religioso obligatorio, en los otros tres casos. Una cuestión sobre la que se volverá más adelante.

Establecido lo anterior, las resoluciones del TEDH entran a analizar en cada caso si esas manifestaciones religiosas que afectan al atuendo deben o no ser toleradas por la empresa o si, por el contrario, pueden ser prohibidas constituyendo entonces una injerencia en la libertad religiosa. Que puede ser legítima según el alcance de esa pretensión y su impacto real en el trabajo y en la empresa, pudiendo ésta alegar razones como la neutralidad empresarial y las repercusiones que la tolerancia a esas prácticas tendrían sobre esa neutralidad, sobre su imagen ante terceros (clientes, proveedores, accionistas, consumidores, etc.) y, a la postre, sobre la propia rentabilidad de la empresa.

5.1. Los hechos

Salvo en el asunto Dhalab contra Suiza, donde la pretensión de la trabajadora se enfrentaba a la prohibición de la empresa (un colegio público de enseñanza infantil) sin que existiera previamente ninguna norma general de tipo prohibitivo, en los casos Kurtulmus contra Turquía y Ebrahimian contra Francia (en relación con el velo islámico), y Eweida/Eweida y Eweida/Chaplin contra el Reino Unido (en cuanto al crucifijo cristiano) la cuestión se aborda en el contexto de una prohibición general contenida en la ley de portar un pañuelo islámico en el desempeño de las obligaciones profesionales cuando tienen lugar en el ámbito de una empresa pública (casos Kurtulmus y Ebrahimian), o de una regla general de la empresa consistente en la obligación de llevar un uniforme concreto sin distintivos de ningún tipo (casos Eweida/Eweida y Eweida/Chaplin).

Más específicamente, y en cuanto a las reglas legales, en el asunto Kurtulmus se dilucida el caso de una enseñante universitaria que reclama el derecho a portar el velo islámico siendo así que existe una prohibición de llevarlo que se encuentra en la ley turca que lo veta, como otra clase de manifestaciones religiosas de signo análogo, al imponer un tipo de atuendo a los funcionarios públicos desprovisto de toda connotación ideológica o religiosa. Algo semejante a lo juzgado en el asunto Ebrahimian, que se refiere a una trabajadora, asistenta social en el servicio de psiquiatría del centro de acogida y cuidados hospitalarios de un hospital público,

que pretendía llevar el velo islámico en el desempeño de su trabajo, basándose la prohibición de la empresa en la existencia en Francia de una regla general basada en el Dictamen de Consejo de Estado francés de 3 de mayo de 2000 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; bases doctrinales que el TEDH considera en este caso suficientemente serias como para entender que la prohibición contenida en tales normas tiene un fundamento normativo. A la pretensión de la Sra. Ebrahimian, se opone el hospital público advirtiendo a la trabajadora que su contrato no sería renovado si persistía en llevar el pañuelo considerando la observancia de la neutralidad externa como una obligación de los funcionarios y de los empleados públicos. Lo que efectivamente sucede, alegando además la empresa que la decisión extintiva obedecía no solo a la negativa a cumplir las reglas existentes para todos los empleados públicos sino también al hecho de que se habían producido quejas de los pacientes repercutiendo negativamente en el trabajo de los demás asistentes sociales.

Por lo que se refiere a los casos Eweida/Eweida y Eweida/Chaplin, la regla general viene impuesta en reglamentos internos de la empresa y en códigos vestimentarios o de uniformidad de carácter privado.

En efecto, y en lo que se refiere al asunto Eweida/Eweida**,** se trata de una trabajadora de una empresa privada que entendía que formaba parte de su derecho a la libertad religiosa (en este caso cristiana) el de manifestarla mediante la exhibición de un colgante llevado en torno al cuello de donde pendía un crucifijo. En la empresa existía una norma interna (una guía vestimentaria) que imponía un uniforme determinado a los trabajadores, subrayando que todo accesorio o vestido que el empleado quisiera o debiera llevar por motivos religiosos debía estar cubierto por el uniforme, abriendo, en el caso de que, por la naturaleza del objeto y la manera de llevarlo fuera imposible disimularlo, la posibilidad de un acuerdo entre la empresa y el trabajador. No obstante, y dando relevancia al carácter imperativo de esas expresiones religiosas, y cuando el objeto no podía ser cubierto por el uniforme, la empresa había autorizado que los empleados sihjs de sexo masculino pudieran llevar el turbante azul marino o blanco y, en verano, el brazalete sihj si es el caso que su religión le permitiese llevar mangas cortas. En cuanto a las mujeres de religión islámica, la empresa les permitía portar el *hijab* o pañuelo, siempre en un color aprobado por la empresa.

El conflicto se produce cuando, tras llevar un tiempo el colgante con la cruz oculto entre las prendas del uniforme, la Sra. Eweida decide portarlo abiertamente como signo de adhesión a la religión cristiana. La empresa, tras varias conversaciones infructuosas con el fin de que desistiera de su intención, decide separarla del trabajo reduciendo el salario en proporción al tiempo durante el cual persistiera en su propósito de manifestar públicamente su religión no respetando las reglas establecidas por la empresa en relación con la uniformidad. Con posterioridad, la empresa decidió, tras consultarlo con los representantes

de los trabajadores, establecer normas vestimentarias más flexibles que permitían, por ejemplo, la estrella de David o la cruz cristiana. Momento en el que la Sra. Eweida vuelve al trabajo luciendo su crucifijo de forma pacífica en virtud del nuevo reglamento de la empresa. La controversia, pues, no versa sobre un despido, tampoco sobre la modificación de las condiciones de trabajo, sino sobre la indemnización de daños que la Sra. Eweida reclama por lesión de su derecho fundamental a la libertad religiosa; responsabilidad rechazada por la empresa sobre la base de que la prohibición existente constituía desde luego una injerencia en la libertad religiosa de la trabajadora pero que estaba justificada suficientemente por los fines empresariales asociados a la uniformidad y a la neutralidad del mensaje hacia terceros. Por esta razón el TEDH se centra en la situación previa a la flexibilización por la empresa de las normas sobre vestimenta, momento en el que la empresa todavía prohibía a la trabajadora, como se ha dicho, llevar símbolo alguno visible que hiciera pública su confesión religiosa.

Algo distinta es la situación de la Sra. Chaplin quien prestaba sus servicios, con excelentes valoraciones, como enfermera en un hospital público en los servicios generales y de geriatría y decide a partir de un determinado día llevar un colgante con una cruz como forma de expresión de sus convicciones, arguyendo que quitarse la cruz del cuello sería contrario a su fe. El conflicto se suscita cuando, debido al cambio de uniformes del personal sanitario, el cuello queda abierto en forma de uve, haciendo visible la cruz que llevaba la Sra. Chaplin. La empresa le exige entonces retirarla fundándose el razones de salud vinculadas al riesgo de que los enfermos puedan causarse heridas al cogerla, lo que obviamente es posible al tratarse de un colgante del cuello. Unas razones de que no decaen frente a propuestas de la trabajadora como la de proveer a la cadena de un enlace de imanes que cederían inmediatamente al tirar de ella o unir la cruz al colgante de identificación. Rechazadas las propuestas, nuevamente por razones de salud fundadas en el riesgo de heridas e infecciones, la trabajadora fue cambiada a un puesto de trabajo, si bien no de enfermera, permaneciendo en él hasta que fue suprimido.

En el hospital público regían reglas referidas a la vestimenta las cuales indicaban que las joyas y aderezos de este tipo debían ser llevada de forma discreta, añadiendo que, por razones de salud, esas piezas debían reducirse a anillos lisos y pendientes ordinarios y discretos, prohibiéndose todo tipo de piercing en la cara. Finalmente, las normas internas del hospital aceptan que los vestidos y joyas con connotaciones religiosas o culturales se llevaran dentro de la empresa, siempre que se hubiera advertido previamente al superior y éste no alegara un motivo justificado para prohibirlo. Lo que sucede en el caso del hospital alegando razones vinculadas, como se ha dicho, a la salud de los pacientes.

5.2. Las cuestiones suscitadas y sus respuestas según el TEDH

De la anterior descripción de los casos se deducen una serie de interrogantes que pasan a detallarse aportando las respuestas que proporciona la jurisprudencia del TEDH[29].

5.2.1. Si solo la naturaleza normativa de las reglas prohibitivas avala una prohibición general de manifestar las convicciones religiosas o si, por el contrario, también pueden imponerlas normas privadas de carácter interno en la empresa; y con qué fundamentos en cada caso

La respuesta a este interrogante está consolidada en la jurisprudencia del TEDH de forma que entiende que tanto unas como otras, normas jurídicas y reglas internas, son instrumentos habilitados para imponer una prohibición general a los trabajadores de exteriorizar su confesión religiosa mediante signos de cualquier tipo. Esto es así porque ambas tienen el objetivo común de la neutralidad de la empresa, sea pública o privada. Aunque se apoyan en valores y fines diversos como son, en el caso de las normas prohibitivas del velo en las escuelas, las entidades de enseñanza o los centros públicos en general, garantizar la imparcialidad y neutralidad de esos entes públicos en cuanto exigencias apoyadas en los principios de laicidad o aconfesionalidad del Estado y exigidos por el respeto al pluralismo religioso y al derecho de otros; de la misma forma que también se acude a los principios de seguridad, salud pública y orden público para justificar esas prohibiciones. Por lo que se refiere a las entidades privadas, lo que las normas internas persiguen es esa misma neutralidad si bien con una finalidad que se vincula más con la imagen de la empresa y con la apariencia ante terceros como neutral, entendida esta exigencia empresarial de neutralidad tanto como derivación del respeto a los derechos de otros, como una finalidad relacionada con los valores asociados al orden público como, por ejemplo, la seguridad o la salud, o como, finalmente, una exigencia de tipo económico ligada a la productividad del trabajo.

Es cuanto a la primera hipótesis, la del apoyo en los valores objetivos de neutralidad particularmente exigidos en los centros públicos, el TEDH afronta la cuestión en el caso Ebrahimian afirmando que *"la salvaguarda del principio de laicidad constituye un objetivo conforme con los valores subyacentes al CEDH*" y que la injerencia (la prohibición de portar el velo islámico en el caso) persigue un fin legítimo como es la protección de otros, más concretamente *"el respeto de todas las creencias religiosas y orientaciones espirituales de los pacientes, usuarios del servicio público y destinatarios de la exigencia de neutralidad impuesta a la reclamante, asegurándoles una estricta igualdad"*, en la medida en

[29] Una síntesis de estos temas y una descripción breve de la forma cómo se han abordado por el TEDH en *Guía sobre el art. 9….,* pp. 33-37.

que *"la política de un empleador* (mucho más si público) *que esté orientada a promover la igualdad de oportunidades o a evitar todo comportamientos discriminatorio respecto de otros, persigue el fin legítimo de proteger los derechos de esos otros"*. La laicidad y la neutralidad de los servicios públicos son por tanto un obstáculo suficiente para prohibir tales manifestaciones religiosas en el caso de los funcionarios públicos; hasta el extremo de que llevar un signo destinado a subrayar la pertenencia a una determinada religión constituye un incumplimiento de las obligaciones como funcionario. De modo que el hecho de que la jurisdicción nacional haya dado más peso o preferencia al principio de laicidad y al interés del Estado que al de la reclamante de no tener limitación en la expresión de sus creencias religiosas, *"no plantea ningún problema desde el punto de vista del Convenio europeo*". La exigencia anterior se refuerza si se trata, como en el supuesto juzgado por la Sentencia Ebrahimian, de usuarios de los servicios públicos en situación de vulnerabilidad, como sucede con los enfermos y pacientes de un centro hospitalario.

Tampoco plantea problemas el caso Kurtulmus donde la regla prohibitiva general se sustenta en las razones alegadas de laicidad y neutralidad de las entidades públicas en el particular contexto religioso de Turquía, reclamando valores como la seguridad pública y el derecho de otros, así como en el hecho de que la trabajadora carece, en consecuencia, del derecho a sustraerse de reglas generales, válidas para todos y que se consideran justificadas. Ni tampoco en el asunto Eweida/Chaplin donde la prohibición que ya se justifica en la exigencia general a todos los empleados públicos de no exteriorizar sus convicciones religiosas, exigencia aprobada por ley en Francia en razón a criterios de respeto a los derechos de otros, al pluralismo religioso y a la seguridad y el orden público. Pero que, además, se refuerza por razones asociadas a causas de tipo sanitario que se conectan inmediatamente con el valor de la salud pública y que darían justificación por sí mismas a la prohibición de llevar objetos que puedan generar un riesgo para la salud de los pacientes.

Aunque es cierto que el TEDH tolera que las reglas generales obligatorias acerca de la manifestación de convicciones religiosas puedan imponerse en la empresa en busca de una imagen de neutralidad, sin embargo, solo acepta la legitimidad de las mismas tras un análisis de tales reglas internas y de si persiguen o no, de forma real, coherente o sistemática el declarado objetivo de neutralidad. Para lo que analiza el tipo de reglas y su vigencia efectiva; si se justifica una prohibición general o si solo es adecuada cuando se restringe a determinados trabajadores como, en el caso, a los que tienen contactos con los clientes; si la empresa ha ofrecido alguna alternativa a la trabajadora siendo esta viable sin daño para su dignidad y favoreciendo en las mejores condiciones posibles el ejercicio de la libertad religiosa. Un juicio de ponderación del que no está en ninguna manera ausente el hecho de que lo que se confronta con la libertad religiosa, y así lo subraya el TEDH, es un valor de naturaleza esencialmente económica

Es lo que se juzga en el caso Eweida/Eweida donde, como se ha dicho, existe la prohibición general de endosar símbolos religiosos impuesta por normas internas de la empresa. Frente a ello, la Sentencia señala que el derecho de la trabajadora es un derecho fundamental que debe ser tutelado ya que *"una sociedad democrática sana tiene necesidad de tolerar y sostener el pluralismo y la diversidad teniendo en cuenta la posibilidad de que, quien hace de la religión un principio esencial de su vida, pueda comunicar esta convicción a los demás"*. Y, como contraste, solo se alza el interés de la empresa en ofrecer una determinada imagen comercial que puede prevalecer, si bien basándose en justificaciones precisas y sólidas. Así considera que la cruz que la trabajadora portaba era discreta, que nada probaba que el que otros trabajadores llevaran turbante o el *hijab* hubiera dañado la imagen de la empresa y que el hecho de que la empresa haya cambiado su código vestimentario para permitir llevar joyería religiosa pone en duda que la prohibición general siga teniendo valor para los fines que decía perseguir. Ante esta poco convincente justificación empresarial, el TEDH juzga como lesionado el derecho de la trabajadora declarando la respuesta de la empresa como desproporcionada y dando prioridad a la libertad religiosa frente a la exigencia empresarial no plenamente adecuada, de dudosa implantación y observancia y diferenciadora sin justificación entre convicciones religiosas

Conviene traer a colación en este punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en lo sucesivo), en concreto la Sentencia de la Gran Sala, de 14 de marzo de 2017, en el asunto Samira Achbita contra la empresa privada belga Gas Secure Solutions (asunto C-157/15). En el caso, la trabajadora, empleada en el servicio de recepción y acogida de clientes, tanto del sector público como privado, pretende llevar el pañuelo islámico a partir de una determinada fecha, no obstante haber trabajado sin él durante casi tres años. Así se lo comunica a la empresa la cual indica a la trabajadora que *"no toleraría el uso de tal pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos y religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir"*, añadiendo que esa prohibición se basa en una norma no escrita según la cual los trabajadores no debían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Una prohibición general que en las fechas del conflicto se incorporó al reglamento interno de la empresa. Tras varios intentos de llegar a un acuerdo y frente a la resistencia de la Sra. Samira Achbita a retirar el velo islámico durante el tiempo de trabajo, la empresa la despide.

Remitiéndose precisamente a la jurisprudencia del TEDH, la Sentencia Samira Achbita señala que debe partirse de un concepto amplio de religión en cuanto abarca el derecho de las personas a manifestar externamente sus convicciones religiosas. También sostiene que las concretas normas internas de tipo prohibitivo vigentes en la empresa Gas Secure no constituyen una discriminación ni directa ni indirecta (una perspectiva que el TJUE ha de tomar para resolver acerca del

respeto de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) en la medida en que la regla empresarial obliga a todos los trabajadores sin distinción, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, una neutralidad vestimentaria.

Por lo que se refiere a la cuestión material de si las reglas empresariales internas persiguen una finalidad legítima que las justifique y con ello su prevalencia sobre la libertad religiosa de la trabajadora, el TJUE indica que se *"ha de considerar legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado"*. Más concretamente, el TJUE acepta que el deseo de la empresa de dar una imagen neutra ante los clientes *"está vinculado a la libertad de empresa (...) y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes"*.

En cuanto a la norma interna, el TJUE procede a considerar si la medida empresarial es adecuada, necesaria y proporcional como una manifestación del mayor rigor en cuanto a la justificación exigida a las normas internas de la empresa frente a las leyes de eficacia general que imponen la misma prohibición. Y declara que la prohibición es una medida adecuada para una correcta aplicación del régimen de neutralidad si bien *"es necesario que dicho objetivo se persiga de forma congruente y sistemática"*; y que la medida es necesaria en cuanto si se limita a lo estrictamente preciso, es decir, a los trabajadores que está en contacto con los clientes y que, en consecuencia, son los que pueden afectar a la imagen de la empresa ante terceros.

Por su parte, la Sentencia, también de la Gran Sala y de la misma fecha en el asunto Bougnaoui y ADDH contra Micropole (TJCE/2017/24, asunto C-188/15), aborda el conflicto entre una empresa privada que se enfrenta a la pretensión de la trabajadora de llevar el pañuelo islámico como expresión y testimonio de su fe religiosa. En este caso una ingeniera de proyectos a la que la empresa le exige, que se retire el pañuelo islámico en el trato con los clientes, alguno de los cuales se habían quejado a la empresa pidiendo que la trabajadora dejara de llevarlo en sus relaciones con ellos.

Dos cuestiones diferentes se suscitan al respecto: una, si, en caso de existir una norma interna de carácter general, esa misma existencia hace ya válida por sí misma la prohibición (a lo que hay responder negativamente); o si, como se viene sosteniendo, es preciso que su vigencia se funde en una finalidad legítima como lo es, en principio, la de la empresa Micropole de establecer una política de neutralidad para con sus clientes. Pero, la declaración general de intenciones de estas normas internas no basta para validarlas ya que, de forma añadida, es preciso que los medios que la empresa pone en práctica para alcanzar dicho fin sean adecuados y necesarios. Lo que debe interpretarse en el mismo sentido antes dicho: es

decir, tiene que ser una medida congruente, funcional a la finalidad perseguida y que se limita a lo estrictamente necesario. En el caso Bougnaoui la corrección básica de la exigencia empresarial se presume ya que la prohibición se limita a los trabajadores en contacto con los clientes; aunque el TJUE finalmente concluya, teniendo en cuenta la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la prohibición, que la exigencia empresarial carece de fundamento.

En cuanto a la jurisprudencia española, también se ha pronunciado, aunque en un número de ocasiones mucho menor que el TEDH, acerca del conflicto entre el derecho a expresar las convicciones religiosas y los intereses de la empresa. Y ello, tanto si existen reglas generales en la empresa respecto de la uniformidad como si se carece de ellas.

En el primer supuesto, se trata de tres Sentencias, dos del TSJ de Baleares (STSJ de 9 de septiembre de 2002, AS 2033/2) y de la Rioja (STSJ de 22 de junio de 2017, AS 2017/1337) y otra del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca (de 6 de febrero de 2017, AS/2017/8). Las empresas son, una, de naturaleza pública y otras dos privadas y en las tres existían reglas sobre la indumentaria que imponían una determinada uniformidad: en el caso de Baleares por tratarse de un conductor municipal, en el de La Rioja por ser una empresa de alimentación y en el Juzgado de Palma sencillamente debido a la pretensión de la empresa (Acciona) de ofrecer una imagen homogénea e identificatoria de los trabajadores en cuanto pertenecientes a su plantilla, una cuestión pues de imagen corporativa. Sin que en ningún caso exista en las empresas un objetivo declarado de neutralidad ideológica y/o religiosa por lo que la uniformidad se debe más bien a un objetivo empresarial de utilidad y de imagen o a otras razones relacionadas con los valores que se asocian al orden público (seguridad, salud, derechos de terceros).

Pues bien, hay que dejar al margen el caso del TSJ de la Rioja ya que la justificación del uniforme y sus concretas características (batas, gorros que deben cubrir el pelo, cubrebarbas, prohibición de joyas y otras prendas encima de las batas) se debe esencialmente a una razón sanitaria expresada en una auditoría sufrida por la empresa en la que se le advirtió de la necesidad de respetar escrupulosamente las normas de higiene señalando que, en el caso de la trabajadora afectada, el que llevase el pañuelo islámico debajo del gorro, aparte de la incomodidad que podía repercutir en la eficacia del trabajo, no respetaba las normas sanitarias al sobresalir el velo al no poder cubrirlo enteramente con el gorro del uniforme. Negándose la trabajadora a retirarse el velo, la empresa la sanciona disciplinariamente por desobediencia e indisciplina entendiendo el TSJ de La Rioja que la sanción no lesiona el derecho a la libertad religiosa al imponerse por desobediencia de la trabajadora a unas reglas generales de uniformidad que, al margen de que no son directamente discriminatorias por aplicarse a todos los trabajadores, tampoco lo son de forma indirecta ya que se trata de medidas justificadas por la tutela de la salud pública y por ser un medio idóneo, necesario y proporcionado

para la finalidad legítima que la uniformidad persigue en este caso y que no es otra que la salud de los consumidores de los productos de alimentación que se manipulan en la empresa.

En cuanto a las otras dos Sentencias, las resoluciones judiciales sí consideran que se ha producido una lesión de la libertad religiosa. En el caso del TSJ de Baleares, porque, aunque la empresa tiene derecho a imponer una uniformidad, la reclamación del trabajador (conductor de autobús municipal), consistente en poder llevar la cabeza cubierta con una gorra que no forma parte del uniforme, se debe a que, por profesar la religión judía, el cubrirse la cabeza en público constituye una obligación de respeto a la divinidad. Sobre si debe prevalecer el interés del trabajador, el TSJ de Baleares, además de dejar sentada la clásica afirmación de que el respeto de los valores constitucionales es particularmente exigible, y de forma más rigurosa, en el ámbito de las empresas públicas, señala que en el caso concreto ese respeto debe prevalecer. Y ello porque, de una parte, se constata que, en realidad, el trabajador, con el consentimiento de la empresa, había venido usando la gorra que ahora pretende conservar durante 23 años; una tolerancia que desaparece sin que exista una justificación sólida para ello; de otra parte, porque la empresa debe permitir esa concreta manifestación religiosa si el cumplimiento por parte del trabajador de sus deberes religiosos resulta inocuo para la empresa y no es incompatible con el cumplimiento normal de las obligaciones laborales. Lo que entiende que sucede en el caso.

Por lo que se refiere a la Sentencia del Juzgado de Palma, la imposición de una uniformidad muy detallada que impide expresamente a la trabajadora portar el velo islámico no justifica las sanciones impuestas por las reiteradas desatenciones de la trabajadora a las indicaciones de la empresa en el sentido de que debía abstenerse de llevarlo en las instalaciones de la empresa y en el desempeño de su trabajo. Para el Juzgado, el objetivo de la uniformidad como trasunto de la imagen corporativa de la empresa, siendo legítimo, no queda dañado porque se permita a la trabajadora portar el pañuelo islámico y mucho menos si, como queda probado, la empresa era tolerante con otros símbolos y prácticas similares. Y, en todo caso, la carencia de una política de neutralidad religiosa en la empresa, así como la ausencia de prueba del daño causado por la trabajadora al aparecer en su lugar de trabajo y desempeñar su trabajo con el velo, lleva al Juzgado a entender que la medida empresarial lesiona el derecho fundamental de la trabajadora a manifestar su convicción religiosa.

> *5.2.2. Si, al margen de la existencia o inexistencia de las normas y criterios generales en la empresa, el carácter imperativo, ahora de las reglas religiosas, refuerza la exigencia de su respeto por parte de la empresa, lo que no sucedería cuando tales normas religiosas no son de obligado cumplimiento*

Que no se trata de una cuestión baladí lo pone de manifiesto la Sentencia del asunto Eweida/Eweida, donde se recoge la tesis del Gobierno británico según la cual un comportamiento, motivado o inspirado por la religión, pero que no es constitutivo de un acto de práctica generalmente reconocida escapa a la protección del art. 9 CEDH. Y que, en relación con la intención de llevar de forma visible la cruz al cuello de las trabajadoras Eweida y Chaplin, aunque sea una pretensión sincera de mostrar su religión, no se trata ni de un rito ni de un precepto religioso reconocido por el cristianismo. Esto es, que ciertos comportamientos con carga religiosa, solo si obedecen a normas religiosas imperativas, pueden ser razón suficiente para que la empresa esté forzada a soportar ese tipo de manifestación religiosa. Mientras que, si la exhibición del credo religioso es una decisión personal del trabajador de testimoniar su confesión religiosa, la exigencia de la trabajadora se debilita y cede ante el interés empresarial basado en los principios de uniformidad o en el respeto de la neutralidad de la imagen de la empresa.

Se trata de una diferenciación rechazada por el TEDH al establecer, en la Sentencia Eweida/Eweida que: *"la libertad religiosa es un derecho fundamental, no solo porque una sociedad democrática sana tiene necesidad de tolerar y de sostener el pluralismo y la diversidad, sino también porque es necesario dar tutela igualmente a la voluntad, de quien ha hecho de la religión un principio esencial de la vida, de comunicar esa convicción a las demás"*. Y ello porque, también en el seno de confesiones religiosas que no exigen tan rígidamente esos comportamientos, puede darse un deseo de manifestar la propia convicción religiosa. En estos casos, basta que el acto del interesado, tanto si es una acción impuesta como si se trata de una elección personal, constituya una manifestación identificatoria y pública de una determinada confesión religiosa aceptada como tal, para recibir la protección concedida por el art. 9 CEDH al dar valor, como manifestación religiosa, al hecho del testimonio personal, incluso pasivo y sin intención de proselitismo, de la propia fe.

Lo anterior no impide que, a la hora de dar relevancia a la libertad religiosa en el juicio de ponderación que necesariamente hay que realizar para establecer qué libertad o interés ha de ceder y si esa cesión, en el caso de la libertad religiosa, es adecuada, necesaria, ineludible y proporcionada, el TEDH pueda tener en cuenta la naturaleza imperativa de la regla religiosa. Este es el punto de partida en muchas empresas donde, en la práctica, la imperatividad y obligatoriedad del mandato religioso hace más sólida la posición de las trabajadores y más proclive a la empresa a respetar esos comportamientos expresivos del cumplimiento de lo que el trabajador considera un deber moral que, si se quiere ser honesto con la propia religión, es de obligado cumplimiento. Por eso, en la Sentencia Eweida/Chaplin, la trabajadora arguye que quitarse el crucifijo, como le exige la empresa, sería contrario a su fe, con el fin evidente de convertir un deseo, siempre legítimo, de expresar las convicciones religiosas, en una carga o deber de naturaleza impo-

sitiva e ineludible, subrayando que más que una opción personal, la exhibición del crucifijo es para la trabajadora una obligación moral. Se intenta así reforzar el mandato religioso y hacerlo prevalecer frente a los intereses de la empresa.

En todo caso, la imperatividad del mandato religioso no es un criterio que permita imponer una diferencia radical de trato de manera que, si existe, el empresario se vería obligado, casi sin discusión, a soportar el ejercicio por parte de la trabajadora de su derecho a llevar signos religiosos; mientras que, si esa imperatividad no concurre, la empresa podría oponerse de forma más sólida a las pretensiones de la trabajadora. Rechazada la diferencia radical entre una y otra situación, ni la obligatoriedad de la regla religiosa convierte en legítima y ejercitable frente a la empresa toda aspiración del trabajador a mostrar su religión; ni tampoco la mayor flexibilidad de los mandatos lleva forzosamente a dar prioridad a los intereses de la empresa. De manera que reglas religiosas imperativas pueden no dar apoyo suficiente a la pretensión del trabajador ya que ello depende de si existen en la empresa reglas generales prohibitivas, u órdenes concretas en ausencia de tales reglas legales, que, si se valoran como legítimas, adecuadas y necesarias (las reglas) o como justificada, igualmente adecuada y necesaria y proporcionada (la orden de la empresa) pueden oponerse a la pretensión de la trabajadora sea cual fuere la naturaleza, imperativa o flexible, de los mandatos religiosos. De la misma forma que, si la manifestación religiosa es un deber no siempre se tutela frente a los intereses empresariales, la libertad religiosa no queda desprotegida si las manifestaciones religiosas no son expresión de unos preceptos obligatorios de forzoso cumplimiento ya que, para que prevalezcan los intereses de la empresa, ésta ha de probar en todo caso que la regla general prohibitiva, si existe, o el mandato empresarial del mismo signo si las reglas generales no existen, son legítimos, adecuados, necesarios y proporcionados.[30]

5.2.3. Si la inexistencia de reglas generales, tanto generales como de empresa, de carácter prohibitivo refuerza la posición de la trabajadora y si resulta por ello más exigente y rigurosa la alegación de los valores e intereses que puede enarbolar la empresa para prohibir las manifestaciones de tipo religioso

Sin duda alguna, la inexistencia de reglas generales en las que la empresa pueda basar su negativa refuerza a la pretensión de las trabajadoras ya que, en este caso, la confrontación se hace con una empresa que no puede proclamar a priori su intención de neutralidad en la medida en que no ha establecido, pudiendo, reglas de uniformidad. Lo que no quiere decir que no pueda alegar intereses vinculados a la imagen de la empresa como justificación, en el caso concreto, de la prohibición empresarial a las trabajadoras de expresar públicamente sus convicciones religiosas cuando así lo han reclamado. La solución para obtener el mismo objetivo prohibitivo vendrá, pues, de la confrontación con la libertad religiosa cuyo ejercicio debe ser admitido en principio por la empresa; pero es un ejerci-

[30] Cfr. Salas Porras, cit. p. 49.

cio que puede quedar finalmente impedido en el supuesto concreto, aunque este resultado solo se justifica si apoyado en razones que la empresa debe argumentar muy sólidamente. En todo caso, teniendo siempre en cuenta los factores profesionales esenciales de la tarea contratada y si existe o no algún tipo de repercusión en el trabajo por el hecho de llevar un signo externo de identificación religiosa.

Es lo que sucede en el caso Dhalab contra Suiza donde se prohíbe a una profesora de primaria en la escuela pública, que se convierte al islam, el portar el pañuelo islámico en el desempeño de sus actividades profesionales. Para el TEDH son los fines legítimos de garantizar la neutralidad confesional de la escuela pública, la protección del orden y la seguridad pública así como los derechos y libertades de los demás los que justifican la prohibición, recordando la dirección de la escuela que el símbolo religioso que llevaba la trabajadora era incompatible con el respeto a la ley suiza de instrucción pública la cual, por imperativos de la protección de los derechos de otros, de la seguridad pública y de orden público, avalaba dicha prohibición, particularmente debido al corto desarrollo intelectual y emocional de los alumnos por motivo de la edad que pueden ser más influenciables al mensaje religioso que se contiene en el hecho de llevar un velo islámico; tratándose además de lo que el TEDH califica como un mensaje fuerte, aunque diga que "*es difícil apreciar el impacto que un signo exterior como el pañuelo puede tener sobre la libertad de conciencia y de religión delos niños"*.

En consecuencia, el TEDH entiende que la orden de la empresa prohibitiva del uso del velo en las actividades profesionales desarrolladas en el espacio público es legítima. Mucho más si se tiene en cuenta a los destinatarios del mensaje y aún más, y es una incursión algo sorprendente del TEDH si se parte de su resistencia a penetrar en el terreno puramente teológico o doctrinal, cuando afirma que *"es difícil conciliar la obligación de llevar un pañuelo, impuesta solo a las mujeres, con un mensaje de tolerancia, de respeto a los otros y de igualdad y no discriminación que una democracia debe transmitir"*, haciendo una valoración de esa concreta práctica del islam, y, por extensión, de esta misma religión, bajo la perspectiva del respeto a los derechos humanos y al principio de igualdad por razón de género.

Se trata de una cuestión que igualmente se aborda en la Sentencia del TJUE sobre el caso Bougnaoui en el sentido de que, en ausencia de reglas generales empresariales que prohíban las manifestaciones religiosas en defensa de la neutralidad de la empresa, aún puede ser legítima la orden empresarial de evitar esas manifestaciones en el caso concreto, pero siempre que se entienda que no llevar el pañuelo es un requisito profesional esencial y determinante para un desarrollo eficaz de las tareas por parte de la trabajadora. Para lo que, de nuevo, ha de valorarse si el objetivo es legítimo (ya se ha dicho que sí en cuanto al principio genérico de neutralidad pero que debe concretarse teniendo en cuenta el caso específico y su contexto ya que no existen normas previas de carácter general) y si la prohibición es proporcionada. Lo que se dilucida fijando si, en el caso concreto, el velo es tan

determinante como para que, sin su retirada, no pudiera realizarse la actividad laboral con eficiencia y productividad; de forma que el no llevarlo es una regla que está *"objetivamente dictada por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en el que se exige"*. Y requiere establecer un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto y la actividad laboral concreta que se desarrolla[31]. Rasgos todos los anteriores que el TJUE considera que no se dan en el caso Bougnaoui decretando la lesión de la libertad religiosa de la trabajadora esencialmente por entender que el llevar o no el velo islámico no es, teniendo en cuenta la actividad de la trabajadora, un requisito profesional, ni esencial (no hay relación directa entre la prestación del servicio y el velo islámico como para entenderlo una exigencia productiva ineludible), ni está suficientemente justificado

También hay algún ejemplo en las resoluciones judiciales españolas de situaciones en las que el conflicto entre la libertad religiosa de la trabajadora y el interés de la empresa por la uniformidad o la neutralidad se suscita y afronta sin que en la empresa se hayan establecido reglas generales al respecto. Es el caso resuelto por la STJ de Andalucía, de 21 de diciembre de 2011 (JU 2012/60.000), en relación con una trabajadora de una empresa dedicada a la organización de eventos deportivos y actividades físico/deportivas así como a la explotación de instalaciones de este tipo. La trabajadora era monitora deportiva de yoga y, debido a su pertenencia a la comunidad religiosa hinduista, decide acudir a la empresa con un específico aspecto físico: cabeza rapada y un atuendo tipo túnica de un color determinado y llamativo. Frente a esta decisión de la trabajadora la empresa, además de advertirle de lo inapropiado de tener esa determinada apariencia externa, algo para lo que tampoco aporta excesivos argumentos, decide trasladarla a otro centro en otro municipio, quedando probado que la razón de fondo es la de la imagen de la empresa que no quiere verse asociada a un movimiento religioso cuya comunidad local era el objeto de unas diligencias penales sobre la base de que tal comunidad esclavizaba a los adeptos acercándose a la calificación negativa de secta. Para el TSJ es claro que el traslado de la trabajadora se hace por motivos relacionados con la orientación religiosa y la pertenencia a la comunidad en cuestión por parte de la trabajadora. Indicios suficientes de una hipotética lesión de la libertad religiosa que, dada su existencia real, han desplazado la carga de la prueba de la legitimidad de su conducta a la empresa y, no aportando ésta una justificación suficiente del traslado ajena a esa connotación religiosa, es inevitable calificar como nula la decisión empresarial.

[31] Como así lo señala la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de fecha 17 de abril de 2018 del caso Engerberger contra la Iglesia Evangélica (TJCE/2018/75, en el asunto C-414/16) la cual reclama que el requisito profesional (en el supuesto de la Sentencia, participar de la confesión religiosa de la empresa que contrata pero que, cuando se trata de un símbolo religioso, consiste en desprenderse del mismo, se trate o no del velo islámico) sea esencial (no llevar el velo sería así relevante y necesario para el ejercicio de la actividad profesional), legítimo (en cuanto que sirva efectivamente al fin de neutralidad fijado por la empresa) y justificado (en el sentido de que su adopción tiene la finalidad de evitar daños a la empresa como consecuencia de la identificación religiosa de la trabajadora).

5.2.4. Si tienen prevalencia frente a la libertad religiosa los principios contractuales de buena fe y de obligado respeto a las reglas pactadas en el contrato de trabajo

El TC ya adoptó, en la primera ocasión en que tuvo que afrontar el conflicto entre la libertad religiosa y el contrato de trabajo (la STC 19/1985, de 13 de febrero), la orientación que da prevalencia a las obligaciones contractuales frente a la tutela del derecho fundamental. Así lo hizo en relación, en concreto, con la reclamación hecha por una trabajadora a una empresa privada, en la que venía trabajando desde hacía años, en el sentido de acomodar los días semanales de descanso a la fe religiosa a la que se había convertido (la de los adventistas del séptimo día) que le obligaba a un descanso forzoso desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Rechazada la acomodación de los días de descanso por parte de la empresa (una cuestión que, como se ha anunciado antes, se abordará en el apartado siguiente), lo que interesa subrayar en este momento es que, para la Sentencia 19/1985, de 13 de febrero de 1985, la pretensión de la trabajadora de adaptar sus tiempos de descanso a sus deberes religiosos debe subordinarse a los principios de buena fe y de respeto a lo pactado, expresados en la suscripción de un contrato de trabajo por el que la trabajadora asumía conscientemente determinadas obligaciones contractuales; entre las cuales se encontraban sin duda la plasmada en el seguimiento del tiempo y el horario de trabajo establecido por la empresa.

Así confluyen una serie de argumentos que refuerzan la posición empresarial debilitando en consecuencia la del trabajador: que la invocación de los derechos o libertades fundamentales *"no puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la redacción contractual que considere oportunas"*; que "c*uando una empresa no dispensa a un trabajador del régimen laboral establecido respecto a la jornada de trabajo, para posibilitarle el cumplimiento de sus deberes religiosos, podrá existir una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto imponga la inactividad laboral y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario";* o que, partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para una empresa, *"el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario*".

Es decir que la trabajadora está sujeta por su compromiso contractual, que tiene mayor valor que la manifestación de su confesión religiosa, y que, en consecuencia, no puede imponer a la empresa, amparándose en tal libertad fundamental, el cambio de las condiciones pactadas y en las que ha venido realizando su

trabajo hasta ese momento. Criticado en su momento este planteamiento del TC, esencialmente por atribuir mayor valor a un deber contractual que a la obligación de respeto por parte del empresario de un derecho fundamental, lo cierto es que su esencia consiste en que los derechos fundamentales del trabajo se subordinan a la lógica y al equilibrio contractual que reclama del trabajador, salvo nuevo acuerdo entre las partes, la observancia estricta de lo pactado. Interpretando que dar preferencia al derecho fundamental sería una especie de licencia al trabajador para incumplir su contrato y para introducir unilateralmente cambios relevantes en el mismo: una especie de novación contractual de tipo unilateral que, por mucho que esté avalada por la libertad fundamental, no puede atentar a los principios básicos del derecho de obligaciones como son el respeto a lo pactado, la carencia de la facultad para innovar o modificar el contrato unilateralmente y el principio legal de que el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil).

Aunque esta tesis, que contempla como irreductibles frente a una iniciativa unilateral por parte del trabajador las condiciones pactadas (lo que incluye tanto las reglas de uniformidad como las condiciones de horario y de descanso que figuran en la norma convencional o en el contrato de trabajo), no ha tenido en consideración qué respuesta, si diferente o la misma, debería darse a la circunstancia en la que el trabajador, vigente el contrato, comienza a practicar una religión concreta o se convierte a ella desde otra convicción religiosa diferente. Si se entiende que el trabajador era consciente, o debería serlo, de las limitaciones impuestas a la expresión de la libertad religiosa en la empresa, aunque en ese momento no le afectaran, podría seguir argumentándose en la línea de respeto a lo pactado al haberse acordado unas condiciones de trabajo que, mientras estén vigentes, impiden al trabajador esa libre expresión de su libertad religiosa, aunque durante un determinado tiempo (tras la conversión o la decisión de exteriorizarlas). El que la incompatibilidad sea sobrevenida no resta vinculabilidad a las obligaciones contractuales asumidas., como si el trabajador ya profesara esa religión a la firma del contrato.

No obstante, no debe ignorarse la otra cara del problema cual es qué sucedería si quien quiere alterar las reglas del equilibrio contractual fuera la empresa al decidir introducir en sus códigos vestimentarios el principio de uniformidad o de neutralidad e intentar aplicarlo a los trabajadores ya contratados. De seguir la misma lógica contractual que ha servido para rechazar las pretensiones del trabajador, ésta valdría para impedir al empresario introducir tal cambio; o más precisamente, para hacerlo vinculante solo para quienes ingresen en la empresa tras su implantación. Algo que no resulta convincente por ineficaz, de forma que, también para la empresa, el discurso lógico tiene que moverse en el terreno constitucional y, al margen de la lógica contractual, demandar la tutela de una libertad constitucional como es la de empresa y unos intereses económicos que también reciben atención por parte de la norma fundamental.

La lógica contractual, que no constitucional, también está presente en la respuesta que, a veces, ha dado el propio TEDH en el sentido de que, si la libertad religiosa personal choca con las condiciones de prestación de servicios (sea porque el empresario no tolera legítimamente esas manifestaciones; sea porque se niega, también fundadamente, a la acomodación a ellas de las circunstancias del trabajo), siempre tendrá el trabajador la posibilidad de no suscribir el contrato o de renunciar a su trabajo dimitiendo[32]. Sin embargo, esta alternativa legitimadora de la resistencia empresarial, que blinda al contrato y consolida la lesión del derecho fundamental, ha sido rechazada como adecuada por el TEDH en la Sentencia del caso Eweida.

En consecuencia, y según esta Sentencia, la renuncia al empleo en los casos en que el trabajador encuentra resistencia en la empresa para expresar sus convicciones religiosas no debe ser considerada una alternativa válida y tampoco debe servir para sostener la negativa de la empresa a atender las solicitudes del trabajador. Esto es así porque, desde el momento en que hay una restricción de la libertad religiosa en el lugar de trabajo, más que justificar esa restricción en el sentido de que el trabajador siempre puede cambiar de empleo (sanando así, es verdad que a costa del propio trabajador y de la plenitud de su derecho fundamental, la injerencia en el ejercicio del derecho), la solución debe ir en la línea de tener en cuenta este remedio extremo (aunque en realidad no es tal sino una aceptación de la prevalencia de los intereses empresariales) exclusivamente si la negativa empresarial, tras una valoración de las circunstancias del caso, resulta justificada. Teniendo, además, en cuenta que el argumento contractual sería utilizable en esencia cuando lo que el trabajador pretende es una acomodación de sus condiciones de trabajo a su convicción religiosa; pero que es mucho menos sólido cuando lo que se reclama, en cambio, es la mera tolerancia empresarial a unas concretas manifestaciones religiosas que no afectan a la organización en sí del trabajo.[33]

5.2.5. Si puede utilizarse como argumento empresarial para no aceptar la pretensión del trabajador de manifestar su convicción religiosa el rechazo a esa apariencia por parte de los clientes o usuarios de la empresa

En algunas ocasiones la empresa no atiende a la pretensión del trabajador de expresar su religión en el desempeño de su actividad debido al rechazo que esas manifestaciones provocan en los clientes y usuarios; lo que convierte este argu-

32 El caso de la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Konttinen contra Finlandia, de 3 de diciembre de 1996; o de la Decisión de la Comisión de 9 de abril de 1997, en el caso Stedman contra el Reino Unido.

33 Sobre estas cuestiones, con una posición crítica respecto a la prevalencia de la lógica contractual, Valdés Dal Re, cit. pp. 593-595. También Rodríguez Cardo. Cit. pp. 279-280, Salas Porras, cit., p. 57 y García González-Castro, cit. pp. 345-347.

mento, desde luego en la empresa privada, en uno de contenido esencialmente económico al afectar a potenciales ciudadanos compradores de los servicios de la empresa que compartan con esos clientes el mismo tipo de rechazo a todas o a algunas de las religiones.

Esta cuestión se ha abordado por el TEDH en el asunto Ebrahimian. Se trata, como se recordará, de una trabajadora asistente social del servicio de psiquiatría en un hospital público que había manifestado a la empresa su deseo de hacer visibles sus convicciones religiosas portando el velo islámico, enfrentándose con la negativa de la empresa basada en la defensa del principio de neutralidad de los servicios públicos. En lo que aquí interesa, en la Sentencia, con amplias e interesantes argumentaciones respecto de la neutralidad que pueden ser compartidas con carácter general, se deja constancia de que, además de esas razones generales pueden existir otras derivadas de la queja de los usuarios del servicio.

La Sentencia da una cierta relevancia, es verdad que pequeña, a esas quejas, pero insertándola en el discurso global de la neutralidad. Así lo hace[34] al sostener que "el funcionario (o empleado público) debe asegurar una estricta igualdad de tratamiento de los administrados en el ejercicio de sus funciones, sean cuales fueren sus convicciones y creencias". Lo que implica que "la administración y los servicios públicos deben dar todas las garantías de la neutralidad, debiendo (y esto es lo relevante) presentar también todas las apariencia para que el usuario no dude de esa neutralidad". Es decir, que las opiniones de los usuarios se revalidan en la medida en que se trata de manifestaciones en apoyo a la neutralidad y no tanto de rechazo a una determinada y concreta religión; lo que sería discriminatorio.

Hay que recordar, sin embargo, que, en el caso de los servicios públicos proporcionados por entidades públicas, al no regirse por la lógica del beneficio y ser requeridas en mayor medida, precisamente por su naturaleza pública, al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores que prestan sus servicios en ellas, en principio no podrían acudir a la existencia de quejas por parte de los usuarios del servicio relacionadas con la manifestación pública de las creencias religiosas por parte de los trabajadores del servicio de que se trate. En contraste, debido a la monopolización de los servicios por un ente público, los usuarios seguramente carecen de la posibilidad de acudir a otros prestadores si es que las condiciones del primero no le resultan satisfactorias; no teniendo la alternativa, si es que la presencia de trabajadores llevando símbolos religiosos le incomoda, de optar por otro prestador del servicio público. En esta situación de clientela cautiva la queja es una forma de participación de los ciudadanos en el funcionamiento de esos servicios públicos; una queja que, si se atiende, puede generar una mejora del propio servicio.

Pero la queja no tiene valor en sí misma, ni significa una mejora del servicio

[34] Siguiendo en esto la opinión de la Comisión consultiva nacional (francesa) de los derechos del hombre de 9 de octubre de 2013 (Diario Oficial nº 0235).

público si solo sirve para justificar la limitación o injerencia en el derecho fundamental del trabajador. Esto sin señalar que el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores es una obligación para todos las personas que se relacionan con ellos; lo que incluye también a los propios usuarios de los servicios públicos. De forma que su opinión no puede servir como argumento central para limitar el derecho, salvo si la queja no hace otra cosa que poner de manifiesto la posible lesión, como consecuencia de un ejercicio sin cortapisas de la libertad religiosa, de otros valores que podrían alegarse como preferentes frente a la libertad religiosa tales como la seguridad, la salud y el derecho de otros. La queja de los usuarios, por tanto, no sirve, y mucho menos como argumento único, para que la entidad o empresa pública ponga límites a la libertad religiosa en su dimensión externa. Y desde luego no en absoluto cuando esa queja, que atañe a la expresión religiosa de los trabajadores, es puntual, poco o nada fundada entendiendo por éstas las que ofrecen como fundamento exclusivamente el impacto emocional negativo que la manifestación de determinadas religiones puede causar en el sujeto; lo que puede ser algo irracional, arbitrario y lleno de prejuicios religiosos.

Más directa, y en un contexto diferente como es la empresa privada en la que la justificación de la neutralidad, aunque aceptable como se ha visto antes, requiere un fundamento más estricto, es la Sentencia del TJUE en el asunto Bougnaoui, la cual se pronuncia en un caso en el que no existe constancia de una norma interna prohibitiva apoyada en razones de neutralidad. En estas hipótesis la opinión de los usuarios o clientes queda desplazada prácticamente, perdiendo la muy relativa trascendencia que, como se ha visto, puede tener en el seno de una empresa pública. Es en relación con estas situaciones en las que hay que recurrir a las exigencias del TJUE, en el sentido de que es necesario que el hecho negativo de no manifestar las propias convicciones constituya un requisito profesional esencial y determinante, siendo relevante no tanto "el motivo en el que se basa la diferencia de trato (profesar una determinada confesión religiosa) sino una característica relacionada con dicho motivo (llevar el velo islámico en este caso)". Concluyendo, en lo que aquí concierne, que la prohibición de llevarlo "no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente".

Lo anterior significa, finalmente, que las quejas de los clientes, tanto en la empresa pública como en menor grado todavía en la empresa privada, no son suficientes para cercenar el derecho de la trabajadora en la medida en que esos deseos y manifestaciones de la clientela (menos si son saltuarias o singulares pero tampoco, salvo casos muy excepcionales, si son generalizadas), no pueden considerarse un requisito profesional esencial y determinante cuya calificación debe hacerse depender del tipo de actividad, de su contenido profesional y de la influencia que en su desempeño correcto, considerado la actividad en sí y no su proyección sobre los clientes, tiene la manifestación externa de las convicciones

religiosas del trabajador.

En consecuencia, las opiniones de los clientes son irrelevantes a los efectos del derecho a manifestar, mediante el atuendo y los símbolos, las propias creencias religiosas, salvo que sean el eco de una posible lesión injustificada del derecho de otros por obra del ejercicio de esa misma libertad. Lo que es muy improbable que suceda y, en todo caso, si a consecuencia de las quejas, el empresario pretende limitar esas manifestaciones religiosas de sus trabajadores, para hacerlo legítimamente habrá de encontrar una justificación autónoma y sólida para ello que la queja no le da, sirviendo solo como lo que es: un test acerca de cómo los clientes y usuarios del servicio perciben el ejercicio de la libertad religiosa, sus logros y sus deficiencias. Pero no funcionar como la causa única y central para limitar el derecho fundamental de los trabajadores. Solo de manera complementaria esas quejas pueden apuntalar una respuesta empresarial limitativa del derecho; pero debe existir una razón más solvente y acogible, dentro de las que el respeto al derecho fundamental permite como limitadas causas de injerencia.

5.2.6. Si el comportamiento de la empresa ofreciendo un puesto de trabajo alternativo puede ser considerado una oferta empresarial adecuada para hacer viable, dentro de lo posible, el derecho del trabajador a manifestar públicamente sus creencias religiosas o el cumplimiento de sus prácticas religiosas

Ya se ha dicho que la existencia de normas generales de naturaleza prohibitiva de las manifestaciones de la libertad religiosa no avala, por su propia existencia, esa limitación sino que compete al TEDH valorar si tales normas son o no respetuosas con la libertad religiosa. Tanto si son públicas, en las que el valor de la neutralidad se impone siempre que su vehículo normativo acoja esa prohibición exigiendo su funcionalidad directa con ese objetivo; como si son privadas; aunque en este caso, el control de las normas prohibitivas es más riguroso y preciso ya que las empresas privadas no están obligadas a la neutralidad y prohibir las manifestaciones religiosas en el trabajo o consentirlas son, en principio, alternativas entre las que la empresa decide pero que no escapan al control de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad. Exigencias que se refuerzan al máximo cuando la prohibición empresarial no se apoya en ninguna regla general sino que se origina en el tratamiento del caso concreto a consecuencia de la confrontación del interés empresarial y el derecho del trabajador a manifestar su religión.

Lo que se plantea aquí es si la existencia de una oferta empresarial de alternativas para el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los trabajadores compatible con los intereses de la empresa puede justificar la prohibición. De manera que ambas libertades encuentren una satisfacción relativa pero suficiente,

si bien nunca absoluta para ninguna de ellas. Es lo que se plantea en el caso Eweida/Eweida en el que el deseo de la trabajadora de portar una cruz al cuello, pese a la prohibición general existente en la empresa de manifestar las convicciones religiosas, se trata de satisfacer por la empresa ofreciéndole un puesto de trabajo diferente (de carácter administrativo, no siéndolo el desempeñado inicialmente), en el que, sin pérdida del salario, realizaría sus actividades sin contacto con la clientela y, por tanto, sin que la prohibición de expresar sus sentimientos religiosos tenga tanto fundamento, siendo como es una empresa privada no obligada a la neutralidad.

La respuesta del TEDH es clara a favor de la atenuación que una oferta de este tipo tiene de la gravedad de la injerencia empresarial en la libertad religiosa de los trabajadores. Pero no solo este elemento sino también, y considerados de forma conjunta, el hecho de que la empresa había analizado de forma seria el conflicto suscitado, que había abierto una consulta a los representantes de los trabajadores al respecto, que había flexibilizado el código vestimentario a consecuencia de tales consultas y, en lo que aquí es relevante, que había ofrecido a la trabajadora un puesto alternativo de trabajo sin contacto con los clientes y donde pudiera manifestar libremente su confesión religiosa; un puesto necesariamente diferente ya que lo característico del primero era precisamente el contacto con la clientela.

Atenuación por tanto del rigor de la exigencia empresarial y factor evidente a tener en cuenta en el juicio de ponderación, la oferta empresarial de alternativas conciliadoras al trabajador puede llevar a una situación en la que ambos derechos e intereses, los del trabajador y los de la empresa, queden satisfechos en la medida de lo posible sin que exista una descompensación entre ellos y sin que el sacrificio que se impone a uno sea un precio demasiado elevado respecto de la satisfacción que se da al otro. Naturalmente que la cuestión se centrará precisamente en qué sea "lo posible" que la empresa esté obligada a proporcionar. Pero es un tema que ha encontrado un acomodo mayor en los casos en que la pretensión del trabajador de ejercitar su libertad religiosa no solo requiere, como la mera manifestación a través de atuendos, símbolos y apariencia física, una tolerancia empresarial sino que reclama un esfuerzo de acomodación de la organización productiva y de los tiempos de trabajo y descanso.

6. LIBERTAD RELIGIOSA DEL TRABAJADOR Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO EN LA EMPRESA

Si la mera expresión de las convicciones religiosas del trabajador puede entrar en conflicto con los intereses de la empresa, sea ésta pública o privada, mayor grado de divergencia se produce cuanto el trabajador lo que pretende es que la organización empresarial se acomode a la práctica de esa religión concreta, de

forma que, sea el contenido de las tareas o los tiempos de trabajo y descanso se adapten o cambien para permitir que el trabajador pueda cumplir con los preceptos y mandatos de su religión. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, existen una serie de Sentencias que abordan esta cuestión, pudiendo diferenciarse entre las que afrontan la hipótesis de un trabajador que reclama un cambio en el contenido de las tareas como la forma de adaptar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con el ejercicio de la libertad religiosa, y las que pretenden, con la misma finalidad, la alteración de las reglas en materia de descansos, fundamentalmente semanal.

6.1. Libertad religiosa y adaptación de las tareas laborales

Esta cuestión se suscita en la Sentencia del caso Eweida/Ladele y Eweida/McFarlane (2013). Pues bien, en cuanto a la Sra. Ladele, de confesión cristiana, considera sinceramente, de conformidad con ese credo, que el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer y que el matrimonio, o incluso la unión civil legalizada de una pareja del mismo sexo, son contrarios a la ley divina. La Sra. Ladele está empleada en una colectividad local en el entorno de Londres (Islington) con la tarea de gestionar el registro de nacimientos, muertes y matrimonios cuando una ley sobre la unión civil (la Civil Partnerships Act 2004) prevé el registro de estas uniones entre personas del mismo sexo, acordándoles derechos equivalentes a los de una pareja casada. En diciembre de 2005, la autoridad local para la que trabaja la Sra. Ladele destina a todos los oficiales de estado civil como la Sra. Ladele al registro de esas uniones civiles; si bien en otras localidades, en cambio, la aprobación de la Ley hizo que algunas colectividades locales permitieran a los oficiales de estado civil, contrarios por razones religiosas sinceras a la formación de uniones civiles, no estar adscritos al registro de este tipo de uniones.

Aunque al principio la colectividad local de Islington autorizó a la Sra. Ladele a que se pusiera de acuerdo con sus compañeros para repartirse las tareas de forma que ella no tuviera que conducir ceremonias de unión civil, tras la queja de dos de los colegas en el sentido de que esa reserva era discriminatoria, advierte a la Sra. Ladele que su negativa a ocuparse de las uniones civiles constituía una violación del código de buena conducta y de la política de igualdad de la entidad y que, en consecuencia, debía ocuparse igualmente de las mismas en el desempeño de su trabajo. La indicación es rehusada por la Sra. Ladele de forma que el ambiente de trabajo se deteriora por la sobrecarga de trabajo que la negativa de la Sra. Ladele supone para sus compañeros y por la opinión de colegas homosexuales que se consideraban vejados por esa actitud de la Sra. Ladele. Finalmente la entidad local inicia un expediente disciplinario contra la Sra. Ladele por no haber respetado el código de conducta y la política de igualdad y de respeto a la diversidad puesta en marcha por el ente local en un documento, adoptado en 1992,

titulado como "Dignidad para todos" y en el que expresamente se señala que son objetivos de esa política la lucha contra la discriminación en todas sus formas tanto las que afectan a los empleados como a los propios usuarios de los servicios públicos. Además el documento indicaba que el ente local no toleraría comportamientos y actitudes asimilables a la discriminación, obligando a los empleados a defender esos valores y a respetar esa política, exponiéndose en caso contrario a sanciones disciplinarias.

En cuanto al asunto Eweida/McFarlane, se trataba de un cristiano practicante que creía profunda y sinceramente que la Biblia decía que las actividades homosexuales eran un pecado y que no debía por tanto hacer nada que contribuyera directamente a su consolidación y reconocimiento. El Sr. McFarlane trabajaba como consejero para una organización privada prestataria de terapias sexuales y de servicios de asesoramiento relacional que formaba parte de una asociación (la Asociación británica para la terapia sexual y relacional) que tenía un código deontológico y de principios de buenas prácticas a las que la empresa se adhería. Tales códigos preveían, entre otras cuestiones, el respeto al derecho al libre arbitrio de los sujetos en estos dominios así como la garantía de un trato igual a los clientes al margen de factores, entre otros, como la raza, el color, la edad, la cultura o la orientación sexual.

El conflicto se plantea por la resistencia del Sr. McFarlane a prestar sus servicios de tipo sexual a las parejas homosexuales, afirmando que encontraba un conflicto entre realizar ese tipo de trabajo y sus convicciones religiosas. Pese a las advertencias de la empresa en el sentido de que rehusar trabajar con parejas homosexuales en el terreno del asesoramiento sexual podía constituir una actitud discriminatoria y contraria a la política de igualdad de oportunidades de la empresa, y una consiguiente admisión por parte del Sr. McFarlane de la obligación de asistir también en este terreno a las parejas homosexuales, finalmente la empresa despide al trabajador por falta profesional al entender que, pese a declarar su propósito de cumplir las normas de igualdad de la empresa, en realidad no tenía esa intención, no pudiendo contar la empresa con él, por falta de confianza, para la aplicación de sus políticas de igualdad.

Pues bien, la posición del TEDH es igual en ambos casos y se basa en la apreciación de que el fin perseguido por la entidad contratante, sea pública o privada, de proporcionar unos servicios inspirados en políticas de igualdad, de respeto a la diversidad y, en lo concreto, a la orientación sexual, es un fin legítimo. Por lo que, una vez establecido esto así como que las intenciones de los trabajadores (rechazo de intervenir en el registro civil de parejas homosexuales, en un caso, o de excluir en su práctica profesional el asesoramiento sexual a las uniones homosexuales, en otro) son expresión de sus convicciones religiosas, la respuesta al conflicto se basa en que el margen de apreciación que el TEDH reconoce a los órganos judiciales permite sostener que la negativa de la empresa a las pretensiones de

los trabajadores de mostrar sus convicciones religiosas puede ser adecuada si es consecuencia de un juicio de ponderación que hay que realizar entre, la libertad religiosa del trabajador y su mejor y más amplio desarrollo al que el Estado debe concurrir, y los principios en que se apoya la empresa y sus intereses de funcionamiento productivo de las mismas.

Así, en el asunto Eweida/Ladele, el TEDH parte del análisis de si el fin perseguido por la autoridad local pública era legítimo. Para lo que entiende que ese fin era el de proporcionar un servicio cuya calidad no se centraba solamente en su comodidad y eficacia sino también en *"respetar el principio primordial de ser un empleador y una autoridad pública enteramente identificada con la defensa de la igualdad de oportunidades, exigiendo de sus trabajadores que no actúen operando una discriminación hacia los demás"*; mucho más en un contexto en el que las parejas homosexuales han de estar en el mismo plano que las heterosexuales en lo que se refiere a su reconocimiento jurídico y a la protección de su relación. Lo que lleva en principio a rechazar la pretensión de la reclamante. No obstante, el TEDH considera que ha de procederse a valorar si los medios empleados para la consecución de ese fin han sido proporcionados, para lo que el TEDH concede a los países un margen de apreciación buscando el equilibrio entre los derechos concurrentes, concluyendo que ese margen de apreciación no se ha excedido y, en consecuencia, no hay violación del art. 9. Es decir, que los fines de igualdad que el ente local se había fijado habilitan a rechazar la pretensión de la trabajadora de ser excluida de las operaciones de celebración de ceremonias y de registro de las uniones homosexuales.

Respecto del asunto Eweida/McFarlane, también aparece la idea que consiste en que la empresa, de naturaleza privada, no estando tan orientada, como si fuera pública, a la garantía de la diversidad en el terreno sexual, podría, respetando la libertad religiosa, haber confiado a otro trabajador o consejero los clientes homosexuales y evitando que el trabajador deba contrariar sus convicciones religiosas, lo que sucedería si se le obligara a intervenir en el asesoramiento sexual de parejas o uniones homosexuales. Aunque, en todo caso, la finalidad de la empresa, en el supuesto de naturaleza privada, debe ser la de garantizar esa igualdad de trato en la prestación de servicios al margen de la orientación sexual de sus clientes como se desprende de los códigos deontológicos y de principios y buenas prácticas de la Asociación Británica de terapia sexual y de pareja. Lo que constituye desde luego una finalidad legítima a la que ha de someterse, con el menor daño posible, el interés del trabajador en poder ser fiel a su convicción religiosa. Lo que se consigue buscando la empresa un justo equilibrio entre los intereses concurrentes que se traduce en la primacía del fin legítimo de la empresa sin que sea posible acceder, sin daño relevante a esa finalidad, a la pretensión del trabajador de quedar excluido del asesoramiento sexual a las parejas homosexuales.

En cuanto al grado de vinculabilidad que el contrato impone al trabajador, de

manera que no se justificaría una reclamación de respeto de su libertad religiosa que fuera en contra de las obligaciones asumidas, la Sentencia Eweida/McFarlane pone de manifiesto que, efectivamente, el trabajador había acudido sin objeciones a los programas de formación de enseñanza superior en terapia psicosexual propuestos por la empresa sabiendo que ésta aplicaba una política de igualdad de oportunidades y que la selección de los clientes según su orientación sexual no era posible. No obstante este dato no es concluyente en términos semejantes a los sostenidos antes por el propio TEDH y, en el caso español, por la Sentencia del TC 19/1985; de forma que se ha devaluado a un elemento más a tener en cuenta a la hora de buscar el justo equilibrio entre los intereses de las partes.

6.2. Libertad religiosa y acomodación de los horarios y los descansos

La última cuestión que se analiza en este artículo (al margen de la relativa a las empresas de tendencia que se tratarán, aunque muy brevemente, al final) es la relativa a la reclamación del trabajador, en el sentido de exigir al empresario acomodar los horarios y los tiempos establecidos de trabajo y descanso para permitir la práctica de los deberes religiosos vinculados a la religión de que se trate. Se trata de una materia que el TEDH ha tenido la oportunidad de juzgar en diversas ocasiones.

Son los asuntos X contra el Reino Unido, resuelto mediante decisión de la Comisión de Derechos Humanos de 12 de marzo de 1981, el asunto Kontinen contra Finlandia, mediante decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1996, el asunto Stedman contra el Reino Unido, a través de la decisión de la Comisión de9 de abril de 1997 y el asunto Kosteski contra la exrepública yugoeslava de Macedonia, por decisión de la Sentencia del TEDH de 13 de abril de 2006. En todos ellos el conflicto se suscita debido a la incompatibilidad de la práctica de los deberes religiosos con los horarios laborales que rigen para el trabajador en cuestión, fundamentalmente en el marco de confesiones religiosas particularmente rigurosas que obligan al descanso en determinados días de la semana prohibiendo el trabajo lo que choca, bien con el establecido con carácter general, bien con el concreto horario de trabajo fijado y pactado con la empresa al suscribir el contrato.

Es el caso de un enseñante de confesión religiosa musulmana que realiza su trabajo en una escuela pública que pretende ausentarse del mismo para cumplir con la exigencia de la oración el viernes al mediodía en la mezquita correspondiente y que fue forzado a la dimisión por la negativa de la empresa a esa adaptación aunque luego fue readmitido mediante un contrato a tiempo parcial no incompatible con tales obligaciones religiosas (asunto X contra el Reino Unido); o el de un funcionario de los ferrocarriles finlandeses, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día en relación con el trabajo en el viernes, actividad prohibida desde el ocaso a los miembros de dicha comunidad religiosa (un asunto

exactamente igual al que se suscitaba en la Sentencia del TC 19/1985, de la que ya se ha hablado en varios lugares); o el de un trabajador de religión cristiana y que prestaba sus servicios en una empresa privada, concretamente una agencia de viajes, que rehusaba trabajar los domingos por tratarse de un día dedicado al Señor; o el caso de un trabajador de una sociedad pública eléctrica que, declarado musulmán, pretendía ausentarse del trabajo en dos ocasiones a lo largo del año con motivo de las festividades musulmanas (asunto Kosteski).

En estos casos, varios son los argumentos de la Comisión o del TEDH que avalaron el rechazo de la pretensión del trabajador y, en consecuencia, la ausencia de violación del art. 9 CEDH.

En primer lugar, en algunos de los casos, el rechazo proviene de la existencia de dudas acerca de la autenticidad de la pertenencia a la confesión de que se trate y si la motivación de fondo de la reclamación no era la práctica real del credo religioso sino otras finalidades desvinculadas de este motivo, como conseguir días de descanso suplementarios. Es decir, una cuestión de sinceridad en la declaración de pertenencia al credo religioso alegado. Es verdad que una alegación de este tipo fuerza al TEDH a indagar acerca de la realidad de tales convicciones, algo que el la Comisión o el TEDH aprecia en el hecho de que el trabajador no había alegado dicha confesión como motivo para ausentarse del trabajo los viernes durante los seis años anteriores, lo que arroja dudas acerca de la solidez de tales creencias religiosas (asunto X contra el Reino Unido); o porque el reclamante no conocía los postulados de la fe musulmana, habiendo celebrado las fiestas cristianas hasta entonces, concluyendo el Tribunal que el interesado se había proclamado musulmán con el único fin de disfrutar de ventajas en cuanto a los días de descanso (asunto Kosteski contra Macedonia). Para el TEDH, cuando lo que el interesado reclama es un privilegio o una excepción especial para los miembros de una determinada comunidad religiosa, no es contrario al art. 9 exigir al reclamante una "*justificación mínima de la realidad de la pertenencia a una comunidad"* (asunto Kosteski contra Macedonia).

Es evidente que se trata de supuestos marginales que no pueden elevarse a categoría por lo que hay que abordar la cuestión sobre la base de que la confesión religiosa que se declara es auténtica y sincera; sin olvidar que también es ejercicio de la libertad religiosa el solicitar esa acomodación de los horarios en el caso de alguien que se ha convertido a la religión recientemente, mientras estaba en vigor el contrato de trabajo (lo sucedido en la Sentencia 19/1985), o, más simplemente, acentuar su compromiso con una religión practicada hasta el momento solo nominalmente. Situaciones a las que no es razonable hacer un reproche de insinceridad o falta de autenticidad.

Además, este motivo de rechazo de la reclamación del trabajador suele ir acompañado de otros argumentos complementarios pero que acaban ocupando el primer lugar. Por ejemplo, el grado de imperatividad de tales mandatos (algo

sobre lo que ya se ha reflexionado antes) que lleva, de forma casi inevitable, a prestar más atención a la conciliación entre la libertad religiosa y la organización de los tiempos de trabajo en la empresa en los supuestos de religiones más impositivas y rigurosas (el islam, la iglesia adventista del séptimo día) mientras que el rechazo a la reclamación del trabajador se hace mucho más fácil si se trata de religiones con deberes concebidos de forma más flexible como sucede por ejemplo con la religión católica y la festividad del domingo (caso Stedman contra el Reino Unido). Aunque esa imperatividad tampoco da carta blanca al trabajador ya que, en opinión de la Comisión, no hay apariencia de discriminación por el hecho de que la legislación impusiera generalmente, por razones de todo tipo (originariamente religiosas pero luego de tipo cultural, social e incluso de conciliación de la vida laboral y personal) el domingo como día semanal de descanso aunque no coincida con el de otras religiones (asunto Konttinen contra Finlandia).

Finalmente, la motivación básica del rechazo de la Comisión y del TEDH a la existencia de una lesión de la libertad religiosa por la negativa de la empresa a adaptar los tiempos de trabajo a las exigencias de un determinado creo es la relativa, de una parte, a la existencia de unas obligaciones contractuales que el trabajador asumió en el momento del contrato y que los principios de buena fe y de cumplimiento de lo acordado obligan a respetar. En consecuencia es el argumento contractual de que páginas antes se hablaba el que excluye una violación del derecho fundamental (asunto X contra el reino Unido y Kosteski contra Macedonia), teniendo como remedio último para la práctica de la religión la dimisión y la búsqueda de otro empleo compatible.

Exactamente la misma argumentación de la Sentencia del TCo 19/1985 y que ha sido recogida por resoluciones judiciales posteriores de los tribunales españoles pudiendo citarse, a título de ejemplo, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 11 de septiembre de 2000(AS 2000/508), en la que, tratándose de un trabajador fijo músico percusionista de la banda municipal de Castellón y adepto a la Iglesia Adventista del Séptimo Día a la que se había convertido tiempo después de su contratación, reclamaba no trabajar desde la puesta del sol el viernes a la del sábado. La entidad transige respecto de estas exigencias en cuanto a los ensayos pero no a la petición de no trabajar los días marcados alegando que todo cambio de horario debe ser fruto del acuerdo de las partes y que no es tolerable que el demandante quiera imponer a todos los demás integrantes de la banda un determinado descanso y sus tesis religiosas. Obligación contractual, pues, que predomina sobre la libertad religiosa; mucho más cuando el cambio solicitado repercutía de forma grave sobre el funcionamiento de la banda y sobre los demás trabajadores, al no ser un trabajo que pueda desarrollarse de forma individualizada. En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del TSJ del País Vasco, de 15 de octubre de 2013 (AS 2014/1134), en el caso de un trabajador, de confesión islámica, que requería de la empresa el derecho a ausentarse de la empresa para ir

a rezar desde las 14.00 horas del viernes, siendo así que la jornada finalizaba a las 15.30 horas; lo que el TSJ rechaza por tratarse de una modificación unilateral del tiempo de trabajo que afectaba a una jornada que era conocida por el trabajador en el momento de ser contratado.

Como ya se dijo páginas atrás, toda esta argumentación ha sido desautorizada, aunque no de forma total, por la Sentencia del caso Eweida en la que, además de rechazar que la solución para el trabajador puede venir del cambio de empleo, señala que debe procederse a considerar en cada caso concreto y teniendo en cuenta todas las circunstancias si la empresa puede o no aceptar la demanda del trabajador sin excesivos costes de forma que pueda considerarse proporcionada la negativa en el caso de que tales costes fueran excesivos. Una cuestión, pues, de ponderación que exige que la medida empresarial no solo sea legítima en la medida que protege los intereses de otros e incluso de la propia empresa sino que esté en correspondencia con el sacrificio que se exige al trabajador. Algo que conecta de forma inmediata con el concepto de acomodación razonable[35].

Razones que conectando mejor con la nueva visión del problema impuesta por la Sentencia Eweida, no obstante ya se encontraban sugeridas en algunas de las resoluciones citadas. Como se recoge en la Decisión del asunto Konttinen en el sentido de que acceder a la pretensión del trabajador significaría muchos inconvenientes no solo para la empresa sino también para los demás trabajadores, afirmación que el TEDH conecta con las causas justificativas de injerencia en la libertad religiosa entre ellas la del derecho de otros y las exigencias de orden público. Pretender, sigue la Decisión, la adaptación del tiempo de trabajo a las normas de las diferentes religiones se considera abusivo mucho más cuando en el caso la empresa hizo los intentos para ofrecer al trabajador una ocupación compatible con sus deberes religiosos; lo que no fue posible por no existir un puesto de estas características en la plantilla respecto de una actividad que ha de desarrollarse durante todos los días del año. O como señalan las mismas Sentencia de los TSJ de la Comunidad Valenciana y del País Vasco, antes citadas, en las que se ponen de manifiesto ciertos intentos de acomodación del horario a las convicciones religiosas por parte de la empresa: transigencia en cuanto al trabajo los viernes cuando se trata de ensayos, o aceptación por parte de la empresa de determinados minutos diarios para la práctica del rezo, al margen del descanso del bocadillo, algo no concedido a los demás trabajadores.

Ciertamente el concepto de acomodación razonable, o lo que en otros términos no es sino un juicio de ponderación, es un concepto flexible que obliga a establecer una relación entre los sacrificios exigidos al trabajador, que puede tener que soportar determinadas limitaciones al ejercicio de su libertad religiosa en aras del cumplimiento eficaz de sus obligaciones laborales asumidas por el contrato y

[35] García González-Castro, cit. pp. 344-359 y Valdes Dal Re, cit. pp. 597 haciendo referencia al concepto de acomodación razonable en la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos.

las cargas, costes e inconvenientes organizativos que la empresa puede soportar sin que sean excesivos. Pero la cuestión es si esa acomodación o esas limitaciones recíprocas solo pueden imponerse mediante acuerdo entre las partes o si, por el contrario, puede ser obligatoria para la empresa con el límites de lo que pueden considerarse cargas excesiva y desproporcionadas. Descartado como regla lo primero ya que deja al arbitrio de la empresa decidir hasta qué punto está dispuesta a tolerar los inconvenientes de la acomodación sobre la organización productiva, hay que decantarse por afirmarla como obligación empresarial. Que no puede ser, evidentemente ilimitada. Lo que, a su vez, suscita la cuestión de qué criterios han de manejarse para valorar lo adecuado de una determinada adaptación y hasta dónde puede alcanzar en beneficio del trabajador aunque fuera en perjuicio de la empresa.

En este punto, solo cabe acudir a criterios o pautas generales que se mueven entre entender la adaptación obligatoria si los inconvenientes que causa a la empresa no son serios, en el sentido de importantes, relevantes, con repercusiones graves sobre la productividad y el derecho de los demás trabajadores, momento en el que el gravamen económico u organizativo para la empresa ha de entenderse excesivo y en consecuencia no exigible; y tampoco cuando el sacrificio que las medidas empresariales requieren del ejercicio de la libertad religiosa tampoco son exagerados. Mientras que, por el contrario, la adaptación ha de entenderse obligada si los costes de todo tipo, organizativos y, económicos son mínimos, o la empresa carece de una justificación razonable, obviamente basada en esos costes, para rechazar la acomodación solicitada sin ofrecer alternativas que puedan ser razonablemente aceptadas por el trabajador.

7. BREVE REFERENCIA A LAS EMPRESAS DE TENDENCIA

Aunque la problemática de las empresas y tareas de tendencia requeriría un tratamiento diferenciado y extenso[36], la ya excesiva dimensión de este trabajo obliga a hacer una referencia mínima y esquemática al tema y centrarse en la más reciente aportación jurisprudencial al respecto contenida en la Sentencia del TJUE en el caso Egenberger, de fecha 7 de abril de 2018 (TJCE/2018/75, asunto C-414/16).

Varias son las cuestiones conflictivas que se suscitan al respecto y que aquí solo se enumeran: a) en primer lugar, la identificación de las empresas que se

[36] Así se viene haciendo por parte de la doctrina, pudiéndose resaltar los trabajos al respecto realizados por Calvo Gallego, F.J, desde su libro "*Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia",* Consejo Económico y Social, 1995, y particularmente, debido a su actualidad y al hecho de referirse a la jurisprudencia del TEDH, el elaborado junto a Feria Basilio, I., "Poderes empresariales y tareas de tendencia en la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en AAVV, *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Monografías de Temas Laborales, CARL, 2013, pp. 181-196.

consideran de tendencia (en el sentido de empresas u organizaciones que están creadas para la elaboración y difusión de una determinada ideología, sea o no de tipo religioso, y, dentro de ellas, la concentración en las que pueden calificarse como tareas de tendencia (esto es, los trabajos dentro de las empresas de tendencia que se entienden cualificados profesionalmente por ese componentes ideológico o religioso, partiendo de la base de que no todos los puestos de las empresas de tendencia pueden ser adjetivados como trabajos o tareas de tendencia; lo que significa una interpretación restrictiva del ámbito en el que tienen vigencia las limitaciones que la calificación de tendencia impone a los trabajadores que quieren realizar tales tareas); b) la diferenciación entre empresas y tareas de tendencia (una cualificación fuerte que proyecta hacia la relación laboral fuertes limitaciones de tipo ideológico) y empresas en las que existe un ideario concreto o están inspiradas, más o menos directamente, por una ideología, una orientación o una concepción religiosa); c) la distinción entre una empresa de tendencia y otras empresas dependientes de ella pero que tienen un fin comercial solo indirectamente inspirado en la tendencia de la empresa u organización madre; d) la constatación de que en ningún caso las entidades públicas pueden ser empresas de tendencia en razón de la obligada neutralidad que se les impone, tanto en general, como en cuanto a la orientación religiosa de que se trate; de manera que el tema de las empresas de tendencia, y mucho más en la cuestión religiosa, solo pueden serlo las empresas privadas; y e) la evidencia de que, en las empresas de tendencia se hace un ejercicio colectivo de la libertad religiosa que determina unas concretas exigencias a los trabajadores de participar en esa orientación o creencia religiosa que evidentemente contrasta con la propia libertad religiosa de esos trabajadores a los que se exige, en diverso grado, una adhesión al credo religioso de la entidad si quieren obtener o conservar el empleo.[37]

Centrando el análisis en la Sentencia en el asunto Egenberger, versa sobre un pleito entre la Evangelisches Werk y la Sra. Egenberger a raíz de la publicación por la primera de una oferta de empleo de duración determinada para un proyecto de redacción de un informe paralelo sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas referido a la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Un trabajo que incluía tareas de seguimiento del proceso de redacción de los informes estatales sobre dicho convenio del periodo 2012-2014, la elaboración del informe paralelo al del informe estatal alemán y sobre observaciones y contribuciones especializadas así como, en el ámbito del proyecto, sobre la representación de la obra social evangélica de Alemania ante el mundo político, el público y las organizaciones de defensa de los derechos humanos, la información y coordinación respecto del proceso de formación de opinión en el ámbito de la asociación y la organización, administración y redacción de los informes

[37] Sobre estos temas, Salas Porras, cit, pp.50-56; Valdés Dal Re, cit. pp. 571-575; Rodríguez Cardo, cit. pp. 283-295.

técnicos. Lo característico de esta oferta de empleo era la exigencia de que los candidatos al puesto de trabajo debían cumplir el requisito de pertenecer a una iglesia protestante o a una iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicios social evangélico, obligando a indicar en el currículo la confesión concreta profesada por el candidato.

La Sra. Egenberger, sin confesión alguna, solicitó el puesto y, tras varios filtros, su candidatura fue rechazada, seleccionando la Evangelisches Werk finalmente a otro candidato miembro de la iglesia protestante de Berlín. La Sra., Egenberger consideró que la razón del rechazo de su candidatura había sido el hecho de carecer de confesión religiosa y que dicho rechazo constituía una discriminación por razones religiosas que atentaba a su libertad en este plano.

Para el TJUE, el art. 4.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000 permite que una diferencia de trato pueda establecerse y estar justificada cuando una concreta característica personal vinculada a la religión o a las convicciones constituya un requisito profesional esencial y determinante y cuando el objetivo perseguido sea legítimo y el requisito sea proporcionado. De manera que *"una iglesia u otra organización cuya base ética se base en la religión o las convicciones puede establecer un requisito relacionado con la religión o las convicciones si, por la naturaleza de la actividad de que se trate o por el contexto en que se desarrolle, la religión o las convicciones constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización"*. En consecuencia, rechaza que una entidad o empresario pueda establecer unilateralmente y de forma vinculante que la religión sea, con independencia de la actividad de que se trate, un requisito profesional justificado atendiendo a la ética del empresario; por lo que no queda impedido un control por parte de los tribunales nacionales acerca de la justificación de dicha exigencia de adhesión religiosa que debe ir más allá de un mero y superficial control de plausibilidad.

Establecido que el requisito religioso debe reunir ciertos requisitos, el TJUE también indica que el control de su carácter esencial, legítimo y justificado no puede quedar al arbitrio de la propia entidad religiosa so pretexto del respeto del principio de autonomía de las iglesias normalmente reconocido por las normas nacionales ya que, entonces, tal control carecería de virtualidad. Por lo que debe ser realizado por una autoridad independiente como un órgano jurisdiccional nacional.

En cuanto a los requisitos señalados de esencialidad, legitimidad y justificación, el TJUE aporta una serie de criterios para considerarlos o no existentes, consintiendo en esto la principal aportación de la Sentencia. Aunque, previamente, el Tribunal exige que la diferencia de trato basada en la religión, para ser aceptable, se subordine a la comprobación de la existencia de *"un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate"*; vínculo que puede derivarse o de la naturaleza de la actividad o de las circunstan-

cias en que ha de desarrollarse. Más concretamente, ese vínculo debe apreciarse existente cuando la actividad laboral implica participar en la determinación de la ética de la iglesia de que se trate, esto es, intervenir en el proceso de creación, sistematización y difusión de la convicción religiosa, o, eventualmente, colaborar en la garantía de la representación fidedigna de la iglesia u organización cuando se trata de puestos de trabajo con este componente representativo.

En cuanto específicamente a los requisitos citados, el factor religioso debe entenderse como esencial si la pertenencia a la confesión religiosa o la adhesión a la ética de la iglesia u organización, entendida ésta como su visión del mundo y de la realidad y los principios o valores en que esa organización se basa, es necesaria o indispensable debido a la importancia, repercusión y relevancia de la actividad profesional en cuestión *"para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia u organización"*. Por lo que se refiere al carácter legítimo del requisito, debe resultar claro que la exigencia profesional de profesar una determinada confesión religiosa *"no sirve para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia u organización"*; lo que no necesariamente quiere decir que se trate de un fin en sí mismo ilegítimo sino que la legitimidad le viene conferida por el hecho de que ha de existir un vínculo o una relación directa y primordial entre el objetivo realmente perseguido y la difusión de una determinada convicción religiosa y, de no existir porque los objetivos se distancien de esa finalidad para perseguir otros, el requisitos no será válido ni aceptable por carecer de legitimidad. Finalmente, el carácter justificado del requisito reclama que la iglesia u organización está obligada a probar, conforme a las circunstancias del caso concreto, que, de no existir esa exigencia de confesionalidad, se generaría *"un riesgo de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía"*, riesgo que, además, debe ser no solo real y no teórico, sino también probable y grave. Y, en todo caso, el requisito debe ser, además proporcionado, es decir, razonable atendiendo a la naturaleza del trabajo, el alcance de la limitación que se impone a la libertad religiosa y la entidad del posible perjuicio que no requerirlo significaría para la iglesia u organización.

Como puede apreciarse, una Sentencia que afronta, con economía de medios y eficacia, el problema de la injerencia en la libertad religiosa personal que tiene lugar cuando la contratación o el desempeño de un trabajo se subordinan a la práctica de una determinada religión. Un escenario de conflicto entre dos libertases fundamentales, la colectiva de la organización y la individual del ciudadano, que sólo puede vencerse a favor de la primera, y siempre bajo el criterio de la proporcionalidad, cuando la exigencia religiosa reúne requisitos que la hacen imprescindible para un desempeño eficaz del trabajo al consistir éste en una participación relevante y directa en la elaboración y la difusión de una determinada ética simbolizada en la iglesia o confesión de que se trate.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS TRABAJADORES, TUTELA INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN EN ESPAÑA DE LOS *WHISTLEBLOWERS*

Carmen Sáez Lara
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO **Palabras Clave**: libertad de expresión, límites, whistleblowers, protección

En la doctrina del TEDH, la libertad de expresión en el seno de las relaciones laborales se ve también constreñida por la debida lealtad a la empresa, que impone a los trabajadores deberes de sigilo y/o de respeto. Ahora bien, el interés empresarial se valora como un criterio más dentro del juicio de proporcionalidad de los límites que soporta la libertad de expresión. El TEDH aplica a las decisiones que restrinjan o limiten la libertad de expresión en el ámbito de la relación laboral o de la función pública la doctrina general relativa al art. 10 CEDH. Estas limitaciones o injerencias han de estar legalmente previstas, perseguir un fin legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. La diferencia fundamental con nuestro orden constitucional radica en que los límites a la libertad de expresión de los empleados han de ser necesarios para una sociedad democrática. Por ello, esta doctrina aplica la libertad de expresión como fundamento esencial de una sociedad democrática, pues parte de considerar que la tutela de la libertad de expresión de los trabajadores contribuye a la transparencia en la economía y a la democracia.
En estos momentos, ante la inexistencia de un marco regulador conveniente en España para la protección de los denunciantes en las empresas y en las administraciones públicas resulta obligado mirar hacia la protección que ofrece la doctrina del Tribunal Europeo sobre libertad de expresión de los trabajadores. A pesar de las limitaciones del art. 10 CEDH y de la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo, esta doctrina provee de una protección adicional a los denunciantes de irregularidades, desde la perspectiva de tutela de los derechos humanos.

ABSTRACT **Key Words**: freedom of expression, protection, limits, whistleblowers

In the doctrine of the ECHR, freedom of expression at the heart of labour relations is also shackled by the due loyalty to the enterprise, which imposes on the worker duties of stealth or respect. Now, the corporate interest is valued as a criterion in the trial of proportionality of the limits that supports freedom of expression. The ECHR applied to decisions which restrict or limit the freedom of expression in the scope of the employment relationship or of the public service relating to article 10 ECHR general doctrine. These limitations or interference must be legally provided for, pursue a legitimate purpose and be necessary for a democratic society. The fundamental difference with our constitutional order is that limits on freedom of expression of employees should be necessary for a democratic society. For this reason, this doctrine applies the freedom of expression as the Foundation of a democratic society, as part of considering that the protection of freedom of expression of workers contributes to transparency in the economy and democracy.
At the moment, in the absence of a suitable regulatory framework in Spain for the protection of whistleblowers in companies and public administrations is obliged to look at the protection offered by the doctrine of the European Court of freedom of expression of workers. Despite the limitations of article 10 ECHR and the case law of the ECHR on the same, this doctrine provides additional protection to the whistleblowers, from the perspective of protection of human rights.

 Recepción de original: 19.07.2018. Aceptación: 30.07.2018

ÍNDICE

1. La protección de la libertad de expresión de los trabajadores por el CEDH
2. Algunas consideraciones sobre la doctrina general del TEDH relativa al Art. 10 del CEDH
3. La libertad de expresión de los empleados en la doctrina del TEDH
   3.1. Limitaciones a la libertad de expresión en el ámbito profesional
   3.2. Injerencia necesaria en una sociedad democrática y principio de proporcionalidad
   3.3. Libertad de expresión de los trabajadores sobre cuestiones de interés general
   3.4. El derecho de protección eficaz de los denunciantes o whistleblowers
4. Libertad de expresión de los trabajadores en la doctrina constitucional
5. Recepción de la doctrina del TEDH y de la doctrina constitucional
6. Valoración de la tutela de la libertad de expresión de los trabajadores a la luz de la doctrina del TEDH y de los tribunales españoles
7. Necesaria intervención legal en españa sobre la protección de los denunciantes de irregularidades internas
Bibliografía
Listado de sentencias del TEDH

1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS TRABAJADORES POR EL CEDH

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) garantiza en su art. 10 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión[1]. La importancia de esta regulación para los trabajadores y las empresas de nuestro país obedece a la conjunción, entre otros, de tres factores fundamentales. En primer lugar, la aplicación de los derechos humanos garantizados por este convenio en el ámbito de las relaciones laborales, en segundo lugar, la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)y, en tercer y último lugar, la protección bajo este art. 10 de los trabajadores denunciantes de irregularidades internas, tanto en el sector público, como en el sector privado de la economía.

En primer lugar, hemos de recordar que, tradicionalmente, las normas relativas a la tutela de los derechos humanos han sido de aplicación muy limitada en las relaciones laborales, y que, aunque la defensa de los derechos reconocidos por el

[1] Asimismo, instrumentos internacionales que consagran la libertad de expresión son el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos.

CEDH estaría centrada en las relaciones entre la persona y el Estado, la jurisprudencia del TEDH ha dictado una doctrina que trasciende esta perspectiva clásica y que ha sido especialmente importante para garantizar la libertad de expresión de los trabajadores y de los empleados públicos. Así, el reconocimiento de los derechos humanos ha fundamentado obligaciones positivas de los Estados, en el ámbito de las relaciones entre particulares[2].

Estas obligaciones positivas se establecen en ocasiones en supuestos de desequilibrio de poder entre las partes, dado que los Estados saben o deben saber que pueden producirse abusos derivados de tales desequilibrios en las relaciones privadas. Se trataría por lo demás de una construcción que es muy conocida en el ámbito de las relaciones laborales, aunque, evidentemente, la obligación positiva del Estado no conlleva que un individuo pueda presentar una demanda ante el TEDH frente a otro sujeto privado directamente. El efecto horizontal de la Convención Europea es, en efecto, indirecto, el Estado será responsable al no haber protegido a un sujeto frente a la violación de su derecho por otro individuo, en el ámbito de una relación privada[3].

Pues bien, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y, en términos más amplios de los empleados, ha sido garantizada por el TEDH[4], toda vez que muchos derechos políticos tienen fuertes connotaciones sociales, como ocurre con la libertad de expresión, objeto de este trabajo, pero también con los derechos a la intimidad, a la vida privada o a la libre asociación, lo que ha llevado a que el TEDH proteja derechos socio laborales, al amparo de un documento esencialmente civil y político, como sería el Convenio Europeo[5].

En este contexto, la titularidad de los trabajadores de los derechos de la Convención nos plantearía, en principio, la cuestión de si el ejercicio o desarrollo de los mismos en el lugar de trabajo es un potencial origen de restricciones o, por el contrario, provee un argumento en favor de una protección reforzada, atendiendo a la mayor vulnerabilidad del colectivo tutelado. Un análisis transversal de la doctrina del

[2] Claphan, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, 2006. Collins, Utility and Rights In Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law through Constitutionalization, en Dalhousie Law Review, 30/2007.

[3] Mantouvalou, V., Labour rights in the European Convention on Human Rights, An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation Human Rights Law Review Advance (March) 1/2013, p. 7.

[4] Como después podrá comprobarse, la doctrina del TEDH sobre la libertad de expresión establece expresamente la titularidad de los empleados en el ámbito profesional y una obligación positiva de los Estados en las relaciones laborales, pues parte de una amplia interpretación de los sujetos titulares de los derechos garantizado por el CEDH.

[5] Como señala Cabeza Pereiro, J., ("La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH", Revista de derecho social, Nº 69/ 2015. p. 84) por ello esta jurisprudencia es importante al mismo nivel de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales. En principio debe tenerse presente que la Carta Social Europea de 1961, convenio específicamente laboral, cuenta como órgano de supervisión con el Comité Europeo de Derechos Sociales, por lo que podría afirmarse que el conocimiento de los derechos civiles y políticos correspondería al TEDH y de los derechos sociales al Comité Europeo, lo que no ha sido así en la práctica.

Tribunal muestra situaciones diversas[6] y, precisamente, que la libertad de expresión de los trabajadores en la empresa no es, en términos generales, objeto de una protección reforzada, derivada de su mayor vulnerabilidad por razones de dependencia económica. Si comparamos la libertad de expresión del trabajador dentro y fuera del lugar de trabajo comprobaremos que este derecho del trabajador está más restringido que el de cualquier ciudadano en sus relaciones con el Estado. La obligación de lealtad de los trabajadores a su empleador en el sector privado, al igual que la del funcionario en el sector público, restringe la libertad de expresión de ambos.

El segundo factor determinante de la importancia de la regulación del art. 10 CEDH ha sido, como se sabe, su fuerza vinculante y especialmente la recepción de la doctrina del Tribunal Europeo por parte de nuestro Tribunal Constitucional, y de los tribunales laborales[7]. Esta recepción ha sido clave en aspectos como la distinción entre las libertades de expresión e información, el amparo bajo este derecho de las opiniones desfavorables que inquieten, molesten e incluso ofendan, la amplitud del derecho para los asuntos de interés públicos, la recepción del principio de proporcionalidad[8], o las mayores restricciones cuando el titular sea una persona vinculada con la Administración por una relación especial de sujeción[9].Siguiendo la estela del TEDH, el TC ha insistido en configurar dentro del contenido tutelado por la libertad de opinión la "relevancia pública" del mensaje difundido y, en concreto, el derecho a la crítica política. Aunque ciertamente la crítica no admite el insulto, a mayor relevancia pública del asunto o persona objeto de la crítica, más resistente es la protección constitucional de la opinión crítica. De esta forma, el grado más elevado de protección se alcanza cuando el derecho de crítica se ejerce respecto de personalidades públicas, en general y políticas, en particular[10].

[6] Dorssemont, Filip, Lörcher, Klaus Schömann Isabelle (edit), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, 2013.

[7] Las sentencias del TEDH crean una doctrina que se adhiere al Convenio y adquiere fuerza vinculante con el fin de que los Estados firmantes ajusten su sistema legal, administrativo y judicial a los criterios del Tribunal. La doctrina del Tribunal tiene el valor de jurisprudencia dentro del ámbito de aplicación del Convenio, V. García Murcia J., "Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Actualidad laboral, 6/2014, p. 660. Sobre la vinculación de la jurisprudencia del TEDH para los órganos judiciales, v. García Murcia, J., op. cit., p. 663.

1 La STC 62/1982, de 15 de octubre, examinaría el derecho de libertad de expresión con apoyo en la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Haudyside) y llega a la conclusión, de conformidad con el art. 10.2 del Convenio, de que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de libertad de expresión, debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido (principio de proporcionalidad). La STC 159/1986, de 12 de diciembre, afirma igualmente que, en todo caso, cualquier tipo de sanción tendría que atemperarse con los criterios de necesariedad y proporcionalidad que demanda una sociedad democrática

[9] Català i Bas, Alexandre H., Libertad de expresión y poderes públicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,2001. p. 398.

[10] SSTC 198/2004 y 9/2007, entre otras muchas.

Sin embargo, más concretamente, en el ámbito de la tutela de la libertad de expresión de los trabajadores, como podrá comprobarse en este trabajo, se aprecian importantes diferencias, tanto en la configuración teórica como en los resultados prácticos, entre la doctrina del TEDH y la establecida por nuestros tribunales. A pesar de que en muchas ocasiones se citen Sentencias del TEDH relativas a casos españoles[11], no se citan otras que resuelven casos más próximos o similares al debatido en cada ocasión y sobre todo no se adoptan las líneas generales de la doctrina del TEDH. Lo anterior nos lleva a una recepción más formal que efectiva de la doctrina del TEDH, de ahí la importancia de su estudio en estos momentos.

En tercer lugar, hemos de destacar que la referida importancia general de la doctrina del TEDH sobre la libertad de expresión de los trabajadores y empleados públicos tiene además un interés particular, en el ámbito de la protección de los empleados que denuncian irregularidades internas, en aras del interés general (*whistleblowing*). Y ello porque España es de los pocos países de nuestro entorno que no cuenta con una normativa específica. La aplicación de las sentencias del TEDH constituye, por tanto, un importante instrumento para proteger a los trabajadores y empleados públicos que denuncien irregularidades, conocidas en su entorno profesional y que sean de interés público.

A continuación se realizará una breve exposición de los criterios seguidos por la doctrina general del TEDH relativa al citado art. 10, a los efectos de mostrar su influencia sobre nuestra doctrina constitucional, para estudiar la doctrina establecida concretamente en relación con la libertad de expresión, en el entorno profesional. Nuestro propósito es evidenciar aquellos criterios que deben ser asumidospor nuestros Tribunales para alcanzar mayores dosis de tutela de los trabajadores en España.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA GENERAL DEL TEDH RELATIVA AL ART. 10 DEL CEDH

Dispone el citado art. 10 CEDH que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión[12]. Como señala el Tribunal, la libertad de expresión constitu-

[11] Sentencia Fuentes Bobo contra España, de 29 de febrero de 2000 (el Tribunal apreció que el Estado español había incurrido en vulneración del art. 10, en el caso de un despido de un programador de TVE por las críticas vertidas contra el personal directivo del ente público) o la Sentencia De Diego Nafria contra España, de 14 de marzo de 2002 (El Tribunal no apreció violación del art. 10 en un caso de despido de alto funcionario del Banco de España, motivado por acusaciones al subdirector del banco pues consideró que los ataques personales eran gratuitos y sobrepasaban su derecho de crítica).

[12] Artículo 10.- Libertad de expresión. "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2.El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser*

ye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas[13].

Esta libertad es válida no solamente para las "informaciones" o "ideas" aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe la "sociedad democrática". Como afirmó el juez Jackson en el caso Thomas vs. Collins (1945): "Esta libertad no fue protegida porque los padres fundadores (de la Constitución) esperaban que su uso habría de ser siempre agradable a los investidos de autoridad o que su ejercicio siempre sería sabio, moderado o útil para la sociedad. Como yo entiendo sus intenciones, esta libertad fue protegida porque ellos no conocían otro medio por el cual los hombres libres pudieran realizar la democracia representativa"[14].El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sin sacralizar esta libertad (a este respecto no va tan lejos como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos[15]) le consagra un lugar preminente en el seno del conjunto de derechos y libertades por los que está encargado de velar[16].Por su transcendencia, la libertad de expresión es "uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual" y por ello mismo, verdadera "piedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos protegidos por el Convenio"[17].

En esta misma dirección, debe tenerse presente que la configuración de la libertad de expresión como fundamento esencial de una sociedad democrática es la seguida por la doctrina actual del TC, donde estas libertades no se conciben

sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

[13] Es importante destacar que en la doctrina del TEDH, además del fondo de las ideas e informaciones expresadas, el artículo 10 protege igualmente su modo de expresión, Sentencia De Haes y Gijsels contra Bélgica, de 24 febrero 1997, ap. 48; Sentencia Aguilera Jiménez y otros contra España, de 8 diciembre 2009, ap. 33.

[14] Citado por Salvador Cordech, P., El mercado de las ideas, Madrid, 1990. Sobre democracia y libertad de expresión, SolozabalEchavarria, J.J., Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Libertad de Expresión, en Revista de Estudios Políticos 77/1992, p. 237

[15] Lieberwitz, R.L., Los derechos laborales como derechos fundamentales en el derecho de EEUU: potencial y límites, Revista de Derecho Social, 69/2015, pp .115 y ss.

[16] Costa, J.P., La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo, Persona y Derecho, 44/2001, p. 249.

[17] Informe de la Comisión en el caso Glasenapp, formulado el 11 de mayo de 1984, epígrafe 110.

tanto como instrumentos necesarios para la formación de una opinión pública libre cuanto como un medio indispensable para la existencia y fortaleza del Estado democrático[18].

El citado art. 10 CEDH se estructura sobre la base de dos apartados diferentes, aunque absolutamente complementarios[19] y el segundo, evidencia que no estamos ante un derecho ilimitado o absoluto, permitiendo a los Estados establecer restricciones o sanciones al ejercicio de la libertad de expresión, siempre que "constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática", para ciertos fines, considerados como excepciones legítimas al derecho garantizado por el apartado primero.

Como consagra el art. 10.2 CEDH, esta libertad está sujeta a excepciones, pues el ejercicio de estas libertades, "*que entrañan deberes y responsabilidades*", podrá ser sometido a ciertas "*restricciones o sanciones*", "*previstas por la ley*", que constituyan "*medidas necesarias, en una sociedad democrática*", y dirigidas a alcanzar, entre otros fines[20], "*la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales*". A juicio del Tribunal estas excepciones requieren una interpretación estricta, y la necesidad de restringirla debe acreditarse de manera convincente. En concreto el adjetivo "necesaria", en el sentido del artículo 10.2, implica una "necesidad social imperiosa". El Tribunal de Estrasburgo, a pesar de reconocer que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, se ha mostrado en efecto muy estricto a la hora de permitir injerencias en el mismo por parte de los Estados[21].

Específicamente, es preciso destacar que este deber de ejercicio del derecho, de conformidad con las obligaciones y responsabilidades que el mismo conlleva, se aplica a manifestaciones de la libertad de expresión de funcionarios y de miembros de las fuerzas armadas[22] y, en relación con estos últimos, incluso, enfrentado al interés general de permitir la crítica, la transparencia, y el respeto a la Ley dentro de las fuerzas de orden público.

[18] Sobre los dos periodos de la doctrina constitucional, Villaverde Menéndez, I, La libertad de Expresión, en AAVV, Comentarios a la Constitución Española, Wolter Kluwer, 2018.

[19] Fernández Segado, F., La Libertad de Expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Revista de Estudios Políticos, 70/1990.

[20] Para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial

[21] Serrano Maíllo, I., El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: dos casos españoles, Teoría y Realidad Constitucional, 28/2011, pp.580-583.

[22] Así en relación con una oficial de alto rango y líder sindical, este deber de ejercicio de conformidad con las obligaciones y responsabilidad se afirma en las circunstancias específicas de su situación y en vista de la especial necesidad de disciplina en las fuerzas del orden El Tribunal observa que, al entrar en la policía, la demandante debería haber sido consciente de las limitaciones que se aplican a los funcionarios en el ejercicio de sus derechos (Sentencia Szima contra Hungría, de 9 octubre 2012, ap. 30)

Por último, el Tribunal en su doctrina general delimita su competencia de control sobre las decisiones (también judiciales) de los Estados contratantes. Los Estados gozan de cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de una necesidad social imperiosa, que justifique la limitación de la libertad de expresión[23], pero esta competencia estatal debe conciliarse con un control europeo. El Tribunal tiene pues competencia para resolver en última instancia sobre el hecho de si una "restricción" se concilia con la libertad de expresión, que protege el referido art. 10 CEDH. Por lo que respecta al alcance de este control sobre las sentencias dictadas en virtud de la facultad de apreciación de los Estados[24], el Tribunal no debe limitarse a determinar si el Estado demandado ha utilizado tal facultad de buena fe, con cuidado y de forma razonable, sino que habrá de considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del asunto para determinar si "guardaba proporción con el fin legítimo perseguido" y si los motivos invocados por las autoridades internas para justificarla parecen "pertinentes y suficientes"[25].

Pues bien, esta doctrina general es el punto de partida cuando la libertad de expresión se desarrolla en el ámbito de las relaciones laborales y en el ámbito de la función pública, donde se aplica en iguales términos, sin perjuicio de que en el correspondiente juicio de proporcionalidad sobre sus eventuales limites se atienda al conjunto de los factores o criterios concurrentes, y entre ellos, a los derechos y obligaciones derivados de la relación entre empleador y empleado[26].

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS EMPLEADOS EN LA DOCTRINA DEL TEDH

La doctrina del TEDH relativa a la libertad de expresión en el trabajo se inaugura en el ámbito de la Función Pública, debiendo destacarse la Sentencia Vogt contra Alemania, de 26 septiembre 1995, en la que el Tribunal declaro que

[23] Gracias a sus contactos directos y constantes con las realidades del país, los jueces y tribunales de un Estado se encuentran mejor situados para precisar dónde se sitúa, en un momento dado, el equilibrio justo. Es por esto que gozan de cierto margen de apreciación para juzgar la necesidad de una injerencia en la materia, aunque este margen vaya a la par con un control europeo relativo a la vez a las normas pertinentes y a las decisiones que las aplican Sentencia Schöpfer contra Suiza, 20 mayo 1998, ap. 33; Sentencia Aguilera Jiménez y otros contra España, de 8 diciembre 2009, ap.33.

[24] La intensidad de la facultad de control del TEDH sobre la decisión judicial es esencial para definir la tutela internacional de la libertad de expresión de los trabajadores, cuando no se trate de empleados públicos.

[25] El Tribunal agrega, a fin de evaluar la justificación de las declaraciones en cuestión, que debe de hacerse una distinción entre las declaraciones de hecho y los juicios de valor, ya que, si bien la existencia de hechos puede ser demostrada, la veracidad de los juicios de valor no son susceptibles de prueba (Sentencia Szima contra Hungría, de 9 octubre 2012, ap. 30).

[26] Por todas, sentencias Vogt contra Alemania, de 26 de septiembre de 1995 ap. 52, Matúz contra Hungría, 21 de octubre de 2014 ap. 55, y Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015.

la sanción disciplinaria (exclusión de la función pública) impuesta a la Sra. Vogt, profesora de enseñanza secundaria, por pertenecer a un partido político contrario a la Constitución, violaba el art. 10 del Convenio[27]. Se trataría de un caso de libertad de expresión política de los funcionarios, centrado en la cuestión de la defensa de los valores democráticos y que supuso una ruptura frente a casos anteriores, muy similares, en los que el Tribunal entendería que la cuestión debatida era el acceso a la función pública[28].El Tribunal declaró que los funcionarios no están fuera del campo de aplicación del CEDH, cuyos artículos 1 y 14, señalan que toda persona dependiente de la jurisdicción de los Estados contratantes debe gozar, "sin distinción alguna", de los derechos y libertades enumerados en el Título I. Además, recordaría en igual sentido que el artículo 11.2 in fine, permite a los Estados imponer restricciones concretas al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación de "los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado", lo que confirma, a fin de cuentas, que, por norma general, las garantías del Convenio se extienden a los funcionarios y en particular la libertad de expresión[29].

Tras aquellas primeras sentencias sobre libertad de expresión en el ámbito de la Función Pública, el Tribunal aclaró que el citado art. 10 se aplica, no solamente en las relaciones entre empleador y empleado, cuando éstas son de derecho público, sino que también puede aplicarse cuando estas relaciones se refieren al derecho privado, argumentando, además, que en algunos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión contra las vulneraciones provenientes incluso de personas privadas[30].

De esta forma, el Tribunal considerara, ante eventuales limitaciones a la libertad de expresión de los trabajadores, es decir ante despidos o sanciones disciplinarias impuestas por un empresario privado, que estas constituyen una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión protegido por el

[27] El Tribunal señala (ap.51) que la obligación impuesta a los funcionarios alemanes de profesar y defender activa y constantemente el régimen fundamental liberal y democrático en el sentido de la Ley fundamental se basa en la idea de que la función pública es garante de la Constitución y de la democracia. En Alemania tiene una importancia particular debido a la experiencia que ésta conoció bajo la República de Weimar y que, cuando la República Federal fue constituida tras la pesadilla del nazismo, condujo a la voluntad de instaurar una "democracia capaz de defenderse". En este contexto, hay que concluir que la destitución de la demandante perseguía un fin legítimo, en virtud del artículo 10.2 del CEDH.

[28] En efecto, en las Sentencias Glasenapp y Kosiek contra Alemania, de 28 agosto 1986, el Tribunal concluyó en la ausencia de injerencia en el derecho protegido por el art. 10.1 CEDH, debido a que el centro del problema que se le sometía era el acceso a la función pública, un tema que fue deliberadamente omitido del Convenio.

[29] Sentencias Glasenapp y Kosiek contra Alemania, de 28 agosto 1986 ap. 49 y ap. 35.

[30] Sentencia Fuentes Bobo c. España, de 29 de febrero de 200, ap. 39. En respuesta al que el Gobierno de España había argumentado que no cabría imputar al Estado español injerencia alguna en la libertad de expresión del demandante, pues TVE es una empresa de derecho privado y el Estado no podría ser considerado responsable del despido del interesado. V. ap. 37

art.10.1 CEDH[31] y, aunque este art. 10.1 se refiera textualmente a injerencia de *autoridades públicas,* se aplicará en estos casos el art. 10.2 CEDH, de conformidad con la doctrina general del TEDH.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido claramente las condiciones que deben cumplir las injerencias o medidas restrictivas de la libertad de expresión de los Estados para ser compatibles con el Convenio. En primer lugar, se exige que la medida restrictiva esté prevista por la ley; en segundo lugar, que la limitación esté justificada por alguno de los fines del citado art. 10.2 y, por último, que la medida sea necesaria dentro de una sociedad democrática.

Esta doctrina general es la aplicable en el caso de que la limitación o injerencia en la libertad de expresión se desarrolle en el ámbito de una relación laboral o de la función pública. En consecuencia, a los efectos de declarar o no violado el art. 10 CEDH, el Tribunal valora si tal injerencia (habitualmente decisiones empresariales de sanción disciplinaria y despido) de conformidad con la previsión del art. 10.2, en primer lugar, está prevista legalmente, en segundo lugar, obedece a uno de los fines legítimos establecidos por el citado precepto, y finalmente es una "medida necesaria, en una sociedad democrática". Este último estadio del control exigirá una valoración de conjunto y la ponderación de una serie de criterios establecidos, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

3.1. Limitaciones a la libertad de expresión en el ámbito profesional

En el ámbito de los límites a la libertad de expresión de los empleados, se sigue, como se acaba de señalar, la triple exigencia general de previsión normativa, fin legítimo y necesidad democrática. Al igual que se ha indicado para la doctrina general del Tribunal, las dos primeras condiciones no presentan mayores complicaciones, ya que no conllevan ninguna operación, que no sea más o menos automática[32]. Así, en el primer caso, el Tribunal solo debe contrastar la existencia efectiva de una ley nacional que recoja la limitación y, en el segundo, que la misma responda a la consecución de uno de los objetivos previstos en el art. 10.2 del Convenio.

En la doctrina del TEDH, el requisito de la previsión normativa se cumple en todos los casos de libertad de expresión de los empleados que hemos valorado. En segundo lugar, el fin legítimo que ha de perseguir la injerencia (normalmente en forma de sanción disciplinaria) más frecuente ha sido "la protección de la reputación o de los derechos ajenos"[33], aunque no faltan casos donde se apelará a la

[31] Sentencia Fuentes Bobo contra España, de 29 febrero 2000, ap.38 y Sentencia Matúz contra Hungría, de 21 de octubre de 2014, ap. 26.

[32] Serrano Maíllo, I., El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: dos casos españoles, Teoría y Realidad Constitucional, 28/2011, pp.580-583.

[33] El Tribunal en la Sentencia Karlamov contra Rusia, de 8 de octubre de 2015(ap. 29) considera que la protección de la autoridad rectoral de la Universidad es en interés meramente institucional de la

seguridad nacional, la defensa del orden[34], o la prevención del desorden dentro de las Fuerzas Armadas[35]. Todos ellos constituyen objetivos legítimos que permitirían una limitación de dicha libertad de expresión. Además, entre estos objetivos legítimos de protección de un "derecho ajeno", se admiten intereses de orden religioso propios de las empresas de tendencia[36].En efecto hay que considerar, en el ámbito de las denominadas empresas de tendencia, por ejemplo, el interés de una Universidad privada por dispensar una enseñanza según sus propias convicciones (religiosas) pues así lo demanda el principio del pluralismo "sin el cual no existe sociedad democrática", toda vez que el Tribunal ha declarado expresamente que en algunos establecimientos, la religión puede constituir una exigencia profesional, habida cuenta de la ética de la organización[37].

En definitiva, la protección de la reputación o de los derechos ajenos es el fin legítimo admitido por el Tribunal, en términos generales, cuando analiza los límites o injerencias en la libertad de expresión de los trabajadores. Es significativo que el derecho de la empresa a la protección de su reputación es interpretado por el TEDH incluyendo intereses comerciales (más allá del derecho del empresario a su vida privada protegido por el art.8 del CEDH[38]).

Finalmente, el TEDH valorará si la sanción impuesta al trabajador era proporcionada al fin legítimo protegido y, por lo tanto, "necesaria en una sociedad democrática". Si concurre o no una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción impuesta al empleado y el fin legítimo perseguido será el escrutinio más difícil para determinar si ha existido o no violación del artículo 10 del Convenio.

Universidad, es decir, una consideración no necesariamente de la misma fuerza que "la protección de la reputación o de los derechos de los demás" en el sentido del artículo 10.2.

[34] En la Sentencia Vogt se afirma que la injerencia perseguía un fin legítimo, pues la restricción a la libertad de expresión, que resulta de la obligación de lealtad política de los funcionarios, tendía a la protección de la seguridad nacional, a la defensa del orden y a la protección de los derechos ajenos (ap. 49).

[35] Sentencia Szima contra Hungria, de 9 octubre 2012, ap. 29

[36] Este objetivo legítimo de proteger un derecho ajeno que se manifiesta, según el Tribunal, en el interés de la Universidad de inspirar su enseñanza en la doctrina católica, en la Sentencia Lombardi Vallauri contra Italia, de 20 octubre 2009

[37] Sentencia Lombardi Vallauri contra Italia, de 20 octubre 2009, relativa a la decisión del Consejo de la facultad de la Universidad Católica de no renovar el contrato a un profesor universitario, tras la reprobación de la autoridad eclesiástica, dueña del centro, por discrepancias ideológicas con la doctrina católica. El Tribunal estimó que la injerencia no estaba motivada, dado el carácter vago e incierto de la referencia a determinadas posturas opuestas, sin concretar ninguna, por lo que la falta de conocimiento de las discrepancias imputadas impidió el debate contradictorio, declarándose la violación del art. 10 CEDH.

[38] Son conocidos los casos sobre limitaciones de la libertad de expresión de los trabajadores al servicio de *celebrities* con cláusulas de confidencialidad, que prohíben revelaciones sobre su vida privada. Sin embargo en el ámbito de los Tribunales en Reino Unido se ha distinguido si la información tiene relevancia pública para enterderla protegida bajo la libertad de expresión, a pesar de las referidas obligaciones contractuales de confidencialidad, v. Hobby, Catherine, Art. 10: The Right to Freedom of Expression and Whistleblowing,

Al Tribunal le corresponde, por un lado, determinar, a la luz del conjunto del caso, es decir, observando el asunto como un todo, si la sanción impuesta al trabajador respondía a una "necesidad social imperiosa" y era "proporcionada al fin legítimo perseguido" y, por otro lado, si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificar la sanción eran "pertinentes y suficientes". Deberá considerar las circunstancias del asunto, incluyendo, *inter alia*, la motivación del demandante para su afirmación, su fundamento jurídico y fáctico, la redacción real y sus posibles interpretaciones, el impacto que tuvo sobre el empleador y la sanción infligida al demandante[39]. El Tribunal recuerda que, en el ámbito de la libertad de expresión, el margen de apreciación de que disponen los Estados implica una fiscalización europea particularmente estricta debido a la importancia de tal libertad. La necesidad de restringirla debe, por tanto, establecerse de manera convincente[40].

Atendiendo al conjunto de casos examinados puede afirmarse que para pronunciarse sobre esta cuestión, el Tribunal tiene en cuenta, especialmente, los términos utilizados en las declaraciones, el contexto en el que éstas se hicieron públicas y el caso en su conjunto. En efecto, el Tribunal valorará el contexto profesional, académico, de conflicto laboral, o de defensa sindical, en el que se inserten las declaraciones, si estas son orales o escritas y, fundamentalmente, el interés público del tema. Además, también colocará en la balanza la gravedad de la sanción impuesta al trabajador, atendiendo a su edad y situación profesional. Se trata como insiste el Tribunal de una valoración y ponderación global, de conjunto, que exige un escrutinio caso por caso.

En definitiva, esta tercera y última condición para considerar conforme con el art.10 CEDH una injerencia empresarial en la libertad de expresión de los trabajadores hace referencia a dos aspectos esenciales, la necesidad de la misma en una sociedad democrática y la proporcionalidad, entre la medida y el objetivo que se persigue conseguir. Esta última operación es sin duda la más conflictiva y en ella se cifra la resolución de los conflictos planteados ante el Tribunal. Por esta razón, nos centraremos en ella ya continuación analizaremos, en un epígrafe separado, los criterios establecidos por la doctrina del TEDH, en los asuntos sobre la libertad de expresión de los trabajadores.

3.2. Injerencia necesaria en una sociedad democrática y principio de proporcionalidad

La injerencia empresarial en la libertad de expresión, además de prevista legalmente y perseguir un fin legítimo, ha de ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin perseguido, De partida, en este último escrutinio, el

[39] Sentencia Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015, ap.45.

[40] Lombardi Vallauri contra Italia, Sentencia de 20 octubre 2009, ap. 45.

Tribunal destaca siempre quela libertad de expresión presenta unas connotaciones especiales, porque se sitúa en el contexto del entorno profesional y parte de la observación de que los empleados deben a su empleador un deber de lealtad, reserva y discreción, pues en la búsqueda del justo equilibrio deben considerarse los límites del derecho a la libertad de expresión y los derechos recíprocos y las obligaciones específicas en el entorno profesional[41].

Esta afirmación cobra una "importancia particular" si la libertad de expresión se desarrolla en el ámbito de la función pública, donde se afirma incluso que rige una "estricta" obligación de "discreción". En efecto, para el Tribunal, aunque es innegable que los miembros de la función pública gozan de la protección del artículo 10 del Convenio, no puede perderse de vista el hecho de que parece legítimo que el Estado someta a estos últimos, debido a sus estatus, a una obligación de confidencialidad[42].

En concreto, debe tenerse en cuenta el hecho de que, cuando está en juego la libertad de expresión de los funcionarios, los "deberes y responsabilidades" citados en el artículo 10.2 CEDH tienen una importancia particular[43]. Siendo la misión de los funcionarios en una sociedad democrática la de ayudar al Gobierno a llevar a cabo sus funciones y teniendo la sociedad derecho a esperar que los funcionarios aporten esta ayuda y no pongan obstáculos al Gobierno democráticamente elegido, la obligación de lealtad y de reserva reviste una importancia que les concierne particularmente. Además, teniendo en cuenta la naturaleza de su posición, los funcionarios tienen, a veces, acceso a informaciones que el Gobierno, por distintas razones legítimas, puede tener interés en proteger su confidencialidad o el carácter secreto. Por consiguiente, generalmente están obligados a una discreción muy estricta[44].

En segundo lugar, el Tribunal valorará, en cada caso, los diferentes contextos y circunstancias en los que se desarrollan las expresiones vertidas objeto de conflicto. Así, por ejemplo, será preciso valorar si las declaraciones se insertan, además de en un contexto profesional, en un contexto académico de debate pues, en este caso, el principio de la discusión abierta de cuestiones de interés profesional debe ser interpretado como un elemento de la autonomía académica, que com-

[41] Por todas, Sentencia Karlamov contra Rusia, de 8 de octubre de 2015.

[42] La Sentencia De Diego Nafría contra España, de 14 marzo 2002, en relación con un despido de alto funcionario del Banco de España por acusaciones escritas en carta dirigida al subdirector del banco, considera que las declaraciones no revisten interés general y sobrepasan el derecho a la crítica, por lo que estima la proporcionalidad de la sanción, dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales para la protección de la reputación de las personas y declara que no ha existido violación del art. 10 del Convenio.

[43] Sentencia Vogt contra Alemania, de 26 septiembre 1995 (ap. 53); Sentencia De Diego Nafría contra España, de 14 marzo 2002 (ap. 37). Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal concluye (ap. 61) que la destitución de la señora Vogt de su puesto de profesora de instituto, en concepto de sanción disciplinaria, fue desproporcionada al fin legítimo perseguido.

[44] Sentencias Vogt contra Alemania, ap. 53, Ahmed y otros contra Reino Unido, ap. 55, De Diego Nafría contra España, ap. 37, y Guja contra Moldovia, de 8 de febrero de 2008, aps. 70 y 71.

prende la libertad de los universitarios a expresar su opinión sobre la institución o sobre el sistema en el que trabajan[45].El Tribunal ha recordado en efecto la importancia que concede su jurisprudencia y, más generalmente, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, a la libertad académica, debiendo ésta garantizar la libertad de expresión y de acción, la libertad de comunicar informaciones y la libertad de "buscar y difundir sin restricciones el conocimiento y la verdad"[46].

Igualmente, es preciso valorar si las declaraciones litigiosas se inscribían en el contexto particular de un conflicto de trabajo entre trabajador y empresario[47], o en el desarrollo de una actividad sindical[48]. El Tribunal ha destacado en efecto si las afirmaciones en litigio se sitúan en el contexto particular del desarrollo de la actividad sindical, pues considera que los miembros de un sindicato pueden, y deben, hacer valer ante el empresario sus reivindicaciones con el fin de mejorar la situación de los trabajadores en el seno de su empresa. Un sindicato que no tuviera la posibilidad de expresar libremente sus ideas en este marco se vería vaciado de su contenido y su objetivo[49]. Debe tenerse además en cuenta que la exigencia de prueba sobre la veracidad es de menor rigor para los dirigentes sindicales que para los periodistas[50].

Otro de los criterios que el Tribunal valora frecuentemente hace referencia a si las manifestaciones fueron hechas en el transcurso de un intercambio oral rápido y espontáneo de comentarios[51], o, por el contrario, se trató de afirmaciones escritas, maduradas de forma reflexiva y de las que el demandante admitía que era plenamente consciente del alcance de su contenido[52]. Así en la Sentencia Agui-

[45] Sentencia Karlamov contra Rusia, de 8 de octubre de 2015. El demandante expresó sus opiniones en una asamblea académica abierta a todo el personal de la Universidad.

[46] Sentencia Lombardi Vallauri contra Italia, de 20 octubre 2009, ap. 43.

47 Sentencia Fuentes Bobo contra España, de 29 febrero 2000 ap. 48. Así contrastar la Sentencia Palomo Sánchez y otros, ap. 72, con la Sentencia Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015, donde el Tribunal señala (ap. 52) que el demandante no actuó en el contexto de un conflicto laboral.

[48] Sentencia Langner contra Alemania, de 17 de septiembre de 2015, ap. 52.

[49] Sentencia Aguilera Jiménez y otros contra España, de 8 diciembre 2009 ap. 32 En concreto en el marco de un proceso emprendido por miembros de un sindicato, contra el empleador ante el Juzgado de lo Social, en el marco del cual otros trabajadores habían testificado a favor de la empresa y, por tanto, en contra de los representantes sindicales.

[50] Sentencia Vellutini y Michel contra Francia, de 6 octubre 2011 (ap. 41).

[51] Incluyendo el hecho de que se trataba de declaraciones hechas en el transcurso de un programa de radio en directo, lo que no dio al demandante la posibilidad de reformularlas, perfeccionarlas o retirarlas antes de que fueran hechas públicas. En el caso, el demandante había retomado los términos utilizados por los presentadores de la radio con respecto a los directivos de TVE, tratándoles de "sanguijuelas" y acusándoles de "cagarse en los trabajadores", Sentencia Fuentes Bobo contra España, ap. 46.

[52] Sentencia De Diego Nafría contra España, de 14 marzo 2002. 41. Igualmente, en la Sentencia Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015, el Tribunal también observa (ap. 50) que se dio la oportunidad al demandante de sustanciar sus alegaciones y repitió sus acusaciones por escrito más de una semana después de celebrada la reunión de empleados por lo que se deduce que su despido no estuvo basado únicamente en una afirmación espontánea durante una reunión, sino también en una declaración escrita que presentó después de haber tenido tiempo de reflexionar sobre el impacto de sus acusaciones (infundadas de un delito grave).

lera Jiménez y otros contra España, de 8 diciembre 2009, se destacaría que "no constituían una reacción instantánea e irreflexiva en un intercambio verbal rápido y espontáneo, propio de los excesos verbales. Se trataba, por el contrario, de aseveraciones por escrito, publicadas con total lucidez y expuestas públicamente en la sede de la empresa"[53].

Finalmente, hemos de recordar que fuera del ámbito de tutela del art. 10 estarían los ataques personales gratuitos formulados de forma general, sin aportar ningún elemento de prueba en su apoyo, las acusaciones graves y subidas de tono[54], una acusación infundada de un delito grave[55]y, en términos más generales, el insulto o las expresiones formalmente injuriosas e innecesarias, pues como se sabe el artículo 10 del Convenio no garantiza el derecho a insultar a otros[56].

Ahora bien y en todo caso, hemos de destacar que la cuestión capital al valorar las informaciones reveladas será la relevancia pública de las declaraciones controvertidas, que por ello abordaremos posteriormente en un epígrafe separado.

Para determinar si la limitación o injerencia era necesaria y proporcionada, además del contexto y las circunstancias concurrentes en relación con las opiniones o informaciones controvertidas, el TEDH valora, de una parte, el daño producido[57] y, de otra parte, la gravedad de la sanción impuesta al demandante[58]. Igualmente, en alguna ocasión el Tribunal, para valorar la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión ha tomado en consideración las garantías procesales en la revisión judicial de la medida cuestionada, pues la ausencia de una revisión judicial efectiva en relación con la medida impugnada también puede llevar al Tribunal a declarar la violación del art. 10. En definitiva, si la motivación de los tribunales nacionales muestra una falta del compromiso necesario

[53] Cfr., ap. 73 y Sentencia De Diego Nafría contra España, ap. 41.

[54] Dicho comportamiento es aún más censurable en su condición de alto funcionario de la más alta institución financiera del país, ya que exigía del demandante dar prueba de una mayor moderación en los términos utilizados, se afirma en la citada Sentencia De Diego Nafría contra España, ap. 40.

[55] Sentencia Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015, ap. 49.

[56] En el Caso José García Praena contra España, la Decisión de 1 julio 1998 declaro la inadmisibilidad de la demanda (art. 27.2 CEDH) en un caso de despido de trabajador por haber proferido insultos en alto, como «crápula» y «ladrón» a uno de los administradores de la empresa, lo que constituía una falta grave conforme a la legislación de trabajo.

[57] Y así incluso se hace referencia a si las personas a quienes supuestamente se referían las declaraciones ofensivas, hubieran entablado acciones judiciales por difamación o injurias contra el demandante, la emisora de radio o los presentadores de los programas en cuestión, por ejemplo en la citada Sentencia Fuentes Bobo contra España. En la Sentencia Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015, se valora respecto al daño sufrido por la autoridad, que las acusaciones del demandante probablemente no solo dañaron la reputación del teniente de alcalde, sino que interfirieron gravemente en la atmósfera de trabajo de la Oficina de la Vivienda, minando la autoridad del teniente de alcalde (ap. 51).

[58] Por ejemplo, en la citada Sentencia Fuentes Bobo (ap. 49) el Tribunal constata que TVE le aplicó la sanción máxima, para el Tribunal la sanción revistió una severidad extrema, considerando fundamentalmente la antigüedad del demandante en la empresa y su edad, y existiendo otras sanciones disciplinarias, menos graves y más apropiadas. También se aprecia esta valoración en la citada Sentencia Voght contra Alemania para entender violado el art. 10 CEDH.

con los principios generales fijados por el TEDH, el margen de apreciación que corresponde a los tribunales nacionales se reduce[59].

3.3. Libertad de expresión de los trabajadores sobre cuestiones de interés general

Una atención especial merece el supuesto en el que las declaraciones y las informaciones expresadas o difundidas por los empleados versen sobre cuestiones de interés general. Si bien el artículo 10 del Convenio no garantiza una libertad de expresión sin límites, ni siquiera en este supuesto, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, "*existiendo un pequeño ámbito del artículo 10.2 del Convenio que acepta restricciones en cuestiones de interés público, se necesitan razones de mucho peso para justificar dichas restricciones*"[60]. Ello conlleva que en muchos de estos casos el Tribunal considere que los tribunales internos sobrepasaron el "*estrecho margen de apreciación*" que disponen en las cuestiones de debate de interés público, si no ponderaron un justo equilibrio entre los intereses enfrentados y, por tanto, declare la violación del artículo 10 del Convenio.

Así ha acontecido en casos de periodistas que critican públicamente a sus superiores y a su empleador, es decir, al medio para el que trabajan.El Tribunal ha valorado si las críticas revestían un interés general, a los efectos de ponderar los límites a su libertad derivados de los deberes de lealtad reserva y discreción (al ser empleados) como eventuales restricciones al debate público sobre cuestiones de interés general[61].E igualmente sucede en casos de denuncias de índole académico donde el Tribunal destacará que la cuestión planteada por el demandante era de interés general[62].

Además, en este contexto de debate o discurso de interés público, el Tribunal ha admitido cierto grado de exageración en su discurso, pues los informantes tendrían derecho a llamar la atención de sus colegas, afirmando expresamente que los empleados, mientras participan en un debate de interés público, tienen derecho al recurso a la exageración siempre que no sobrepasen los límites de la crítica admisible[63]. Aunque también se ha indicado que la garantía que ofrece el

[59] Sentencia Steel y Morris contra Reino Unido, de 15 febrero 2005.

[60] Sentencia Karlamov contra Rusia, de 8 de octubre de 2015, ap29.

[61] Sentencia Fuentes Bobo contra España, (ap. 48) donde se discutía sobre cuestiones de interés general relativas a la gestión de la radiotelevisión española pública y a las presuntas anomalías en la gestión de TVE. Igualmente de relevancia pública son las críticas sobre la televisión pública en la Sentencia Matúz contra Hungría, de 21 de octubre de 2014, ap. 32.

[62] Sentencia Karlamov contra Rusia, 8 de octubre de 2015, ap.28.

[63] El Tribunal aplicó en la Sentencia Steel y Morris contra Reino Unido, de 15 de febrero de 2005 la doctrina relativa a que la libertad periodística comprende también el posible recurso a cierta dosis de exageración, incluso de provocación y así considera que debe tolerarse cierto grado de hipérbole y de exageración en un panfleto militante –e incluso esperarse– (FJ 90). En la Sentencia Karlamov contra Rusia 8/10/2015, el Tribunal señala (ap.32) que el demandante no hizo uso de un lenguaje ofensivo o desmedido y no fue más allá de los límites aceptables de la exageración.

artículo 10 en lo referente a las informaciones sobre cuestiones de interés general está subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe[64].

Finalmente, es preciso recordar que el Tribunal se ha pronunciado sobre el tema de la difusión de informaciones de interés general relativas a grandes empresas[65].Ciertamente, las grandes empresas se exponen inevitablemente y "a sabiendas" a un examen atento de sus actos y, al igual que para los hombres y mujeres de negocios que las dirigen, los límites de la crítica admisible son más amplios en lo que les afecta. Sin embargo, el Tribunal ha advertido que "además del interés general de un debate libre sobre las prácticas comerciales, existe el interés opuesto de proteger el éxito comercial y la viabilidad de las empresas en beneficio de los accionistas y de los empleados, pero también por el bien económico en un sentido amplio[66].

En definitiva, el Tribunal no ha sido muy incisivo a la hora de valorar la existencia de interés general sobre las cuestiones discutidas en el contexto de la actividad de denuncia sindical[67], e incluso ha primado el ejercicio responsable de la libertad de expresión frente al interés general de permitir la crítica cuando la actividad sindical se desarrolla en el ámbito policial[68]. En estos casos paradójicamente el Tribunal ha destacado el margen de apreciación de los jueces y tribunales de un Estado para juzgar la necesidad de una injerencia en la materia, pues, gracias a sus contactos directos y constantes con las realidades del país, se encuentran mejor situados para precisar dónde se sitúa, en un momento dado, el equilibrio justo[69].

[64] Sentencia Steel y Morris c. Reino Unido, de 15 de febrero de 2005.

[65] Sentencia Steel y Morris c. Reino Unido, de 15 de febrero de 2005. En 1987, un grupo ecologista publicó y difundió un panfleto contra una multinacional del sector de la hostelería dedicada a la venta de hamburguesas (M), titulado "Lo que no funciona de M", Como señala el Tribunal, "el panfleto en cuestión contenía acusaciones muy graves sobre cuestiones de interés general como prácticas abusivas e inmorales en materia de cría de ganado y de empleo, la deforestación, la explotación de niños y de sus padres a través de una publicidad agresiva y la venta de alimentos insanos" (FJ 88).

[66] V. FJ 94.

[67] En realidad, existe alguna diferencia de apreciación pues si, en la Sentencia Aguilera Jiménez y otros contra España, de 8 diciembre 2009, el Tribunal considera (ap. 32) que su contenido no se situaría en el marco de cualquier debate público concerniente a puntos de interés general, sino a cuestiones propias de la empresa sobre el mismo asunto, en la Sentencia Palomo Sánchez y otros contra España, de 12 septiembre 2011, el Tribunal afirmaría (ap. 72) que no comparte la tesis del Gobierno según la cual el contenido de los artículos enjuiciados no planteaba ninguna cuestión de interés general. A su juicio, la publicación incriminada se producía en el marco de un conflicto laboral en la empresa frente a la que los interesados reivindicaban unos derechos. El papel primordial de tal publicación "debería ser tratar en sus columnas los problemas que afecten, principalmente, a la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados y, más generalmente, del mundo del trabajo". El debate no era pues puramente privado; se trataba cuando menos de una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa.

[68] Sentencia Szima contra Hungría, de 9 octubre 2012.

[69] El Tribunal ha considerado que no ha existido violación del art. 10 toda vez que las autoridades nacionales no rebasaron su margen de apreciación y que las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas no podrían ser consideradas irrazonables ni, a fortiori, como arbitrarias, Sentencia Aguilera Jiménez y otros contra España, de 8 diciembre 2009, ap.36; Sentencia Szima contra Hungria, de 9 octubre 2012.

En otras ocasiones, sin embargo, se ha dado la relevancia que merecen las críticas a una autoridad pública, efectuadas por dirigentes sindicales calificándolas como asunto de interés general de los ciudadanos (conocer la gestión de la colectividad y el funcionamiento de los servicios)y se ha estimado además que los límites de la crítica son más amplios cuando se trata de un político, que resulta admisible recurrir a una cierta dosis de exageración y que se había violado el art. 10 CEDH, pues declaraciones controvertidas no revestían carácter vejatorio o hiriente que excediera los límites convenientes en la polémica sindical[70].

En conexión con este tema se encuentra la doctrina sobre la tutela de los denunciantes de irregularidades en aras del interés público, que se abordará en el próximo epígrafe.

3.4. Derecho de protección eficaz de los denunciantes o *whistleblowers*

Un conjunto de casos relativos a la libertad de expresión de trabajadores han adquirido sustantividad propia en la doctrina del TEDH pues se han situado en el debate más amplio sobre la necesaria protección de los empleados que denuncian irregularidades,en aras del interés público, tanto en el ámbito público como en el sector privado de la economía.

La doctrina del TEDH ha jugado así un importante papel desde la célebre Sentencia Guja contra Moldavia, de 12 febrero 2008[71].En ella, el Tribunal afirma abordar una cuestión nueva al conocer de un caso en el que un funcionario ha divulgado informaciones internas. El Tribunal observa que los agentes de la función pública, que tengan una relación contractual o estatutaria, en el ejercicio de su función, pueden conocer informaciones internas, eventualmente de naturaleza secreta, que los ciudadanos tendrían interés en ver divulgadas o publicadas. Estima que dadas las condiciones, la denuncia por estos agentes de conductas o actos ilícitos constatados en el lugar de trabajo debe estar protegida en algunas circunstancias. Similar protección puede imponerse cuando el agente en cuestión es el único conocedor (o forma parte de un pequeño grupo cuyos miembros son los únicos conocedores) de lo que ocurre en el lugar de trabajo y, por tanto, es la persona mejor situada para actuar, en interés general, advirtiendo a su empleador o a la opinión pública[72].

[70] Sentencia Vellutini y Michel contra Francia, de 6 octubre 2011, relativa a miembros de sindicato policial condenados por las expresiones contenidas en un manifiesto repartido entre la población acerca del comportamiento del Alcalde en un conflicto con una policía municipal.

[71] Relativa al despido de trabajador de la Fiscalía General por la divulgación a la prensa de documentos que revelaban la injerencia de un alto cargo político en un procedimiento penal pendiente. El Tribunal considerará que la sanción es desproporcionada dada la inexistencia de otros medios para divulgar la información, cuya autenticidad no se discute, de interés general que prevalece sobre el perjuicio que pueda causarse a la Fiscalía, teniendo en cuenta que se actuó de buena fe, por lo que declara la violación del art. 10 del Convenio.

[72] Como, en efecto, establece el Convenio Civil del Consejo de Europa sobre corrupción, "los asuntos de corrupción son difíciles de detectar y de investigar y los empleados o los colegas (del sector público o privado) de las personas implicadas son, en muchas ocasiones, los primeros en descubrir o en sospechar algo extraño" (apartado 46).

Ahora bien, partiendo de considerar que los funcionarios estarían sometidos a una obligación de discreción, el Tribunal afirma que es importante que la persona en cuestión proceda a la divulgación, en primer lugar, ante su superior u otra autoridad o instancia competente. La divulgación al público debe considerarse pues el último recurso, en caso de imposibilidad manifiesta de actuar de otro modo. Por tanto, para juzgar el carácter proporcionado o no de la restricción impuesta a la libertad de expresión del empleado en este caso concreto, el Tribunal debe examinar si el interesado disponía de otros medios efectivos para poner remedio a la situación que consideraba criticable.

A continuación, el Tribunal analiza los diversos factores que deben ser considerados para apreciar la proporcionalidad de un ataque contra la libertad de expresión de un empleado, en este caso de una funcionario público.

En primer lugar, hay que dar una importancia particular al interés general que suponía la información divulgada. Como señala el artículo 10.2 del Convenio no deja lugar para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de las cuestiones de interés general pues en un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben estar bajo el atento control no sólo de los poderes legislativo y judicial, sino también de los medios de comunicación y de la opinión pública. El interés de la opinión pública por cierta información es, en ocasiones, tan grande que puede con la obligación de confidencialidad impuesta por la Ley.

El segundo factor a tener en cuenta es la autenticidad de la información divulgada. El ejercicio de la libertad de expresión implica deberes y responsabilidades, y cualquier persona que decide divulgar las informaciones debe verificar con cuidado, en la medida en la que las circunstancias lo permitan, que son exactas y dignas de crédito[73].

En tercer lugar, el Tribunal debe sopesar el daño que la divulgación en litigio podría causar a la autoridad pública y el interés que el público tendría en obtener esta información. En relación con esto, puede tener en cuenta el objeto de la divulgación y la naturaleza de la autoridad administrativa concernida.

En cuarto lugar, la motivación del trabajador que procede a divulgar es otro factor determinante para concluir si la acción debe beneficiarse o no de protección. Es importante establecer si la persona en cuestión, al divulgar la información, ha actuado de buena fe y con la convicción de que la información era auténtica, si la divulgación servía al interés general y si el autor disponía o no de medios más discretos para denunciar las actuaciones en cuestión[74].

Finalmente, concluye el Tribunal, la evaluación de la proporcionalidad de la injerencia, en relación al fin legítimo perseguido, pasa por el análisis atento de la pena impuesta y sus consecuencias.

[73] Es lícito para las autoridades competentes del Estado adoptar medidas destinadas a reaccionar de forma adecuada y no excesiva ante imputaciones difamatorias carentes de fundamento o formuladas de mala fe.

[74] Por ejemplo, un acto motivado por alguna queja o aversión personal o incluso por la perspectiva de algún beneficio personal, como una ganancia económica, no justifica un nivel de protección alto.

La protección de los empleados que revelan informaciones internas sobre conductas o actos ilícitos se somete a un escrutinio estricto, que va a ser aplicado en el sector privado en la Sentencia Heinisch contra Alemania, de 21 julio 2011[75]. El Tribunal considera que aunque el deber de lealtad pueda ser más pronunciado para los funcionarios públicos también caracteriza la relación privada entre el empleado y su empleador, por lo que junto al derecho de los empleados a la libertad de expresión y el derecho a denunciar actos o conductas ilícitos también existe un interés del empleador por proteger su reputación o prestigio comercial. Consecuentemente, a la luz de este deber de lealtad y discreción la revelación de informaciones debe ser hecha en primer lugar al superior competente, y, sólo en último término, o cuando no sea posible la denuncia interna, al público en general[76].

En definitiva, el Tribunal en esta doctrina sopesa los distintos intereses que hay en juego, de una parte, es consciente de la importancia del derecho a la libertad de expresión sobre cuestiones de interés general y del derecho de los funcionarios y otros asalariados a denunciar las conductas o actos ilícitos constatados por ellos en su lugar de trabajo y, de otra parte, también atiende a los deberes y responsabilidades de los asalariados hacia sus empleadores y el derecho de éstos de gestionar a su personal, a los efectos de declarar si existió o no una violación del artículo 10 del Convenio.

Esta doctrina se aplica igualmente en la Sentencia Matúz contra Hungría, de 21 octubre 2014[77], un caso de gran interés, no sólo por tratarse de un periodista y dirigente sindical sino también porque el despido se fundamentaría en la existencia de una cláusula contractual de confidencialidad. El Tribunal declarará (ap 38) que el empleado tiene el derecho y el deber de hacer públicos los documentos que acreditaban los actos ilícitos denunciados y comentar materias de interés público, con independencia de la existencia de una cláusula de confidencialidad en su contrato de trabajo.

Pues bien, como se sabe, la existencia de cláusulas contractuales de confidencialidad limita la libertad de expresión de un buen número de trabajadores, precisamente de aquellos que tienen acceso a información relevante sobre la organización empresarial, y podría afirmarse que existe tanto un interés público como privado en mantener la confidencialidad pactada. Ahora bien, la importancia de

[75] Relativa a un despido de una enfermera en un centro geriátrico, consecuencia de la demanda planteada frente a su empleador (una sociedad de responsabilidad limitada) alegando deficiencias en las prestaciones asistenciales provistas por el centro.

[76] Sentencia Heinisch contra Alemania, de 21 de julio de 2011, ap. 64 y 65

[77] Relativa a un despido de periodista de canal público de televisión y dirigente sindical, tras la publicación de un libro en el que denunciaba la censura por parte del director del servicio cultural de la cadena, en las entrevistas que se realizaban, acreditándolo con documentos. En este caso el despido se considerara por los tribunales internos como una medida justificada por la vulneración de la cláusula de confidencialidad que figuraba en su contrato. El TEDH destacaría que el asunto es de interés público, dada la importancia de la independencia de los servicios públicos de televisión. Por ello estimara que el despido constituía una injerencia desproporcionada y declararía la violación del art. 10 del Convenio.

esta decisión judicial radica en establecer fuera del deber de confidencialidad la denuncia de crímenes, fraudes y otras irregularidades, pues la revelación está justificada en aras del interés común[78].

En definitiva, cuando el derecho a la libertad de expresión de la persona vinculado por un deber de confidencialidad profesional deba ser valorado en relación con el derecho de gestión empresarial, los criterios relevantes siguiendo la Sentencia Guja son: a) interés público de la información revelada; b) la autenticidad de la información; c) el daño en su caso sufrido por la autoridad consecuencia de la revelación en cuestión; d) los motivos del empleado; e) si atendiendo al deber de discreción la información fue hecha pública tras revelarla antes al superior competente; f) la severidad de la sanción impuesta[79].

De esta forma, dentro de los casos relativos a la libertad de expresión de los trabajadores y funcionarios, se configura un grupo específico de asuntos relativos a la denuncia de irregularidades, una acción que merece la protección especial del artículo 10 del Convenio, toda vez que un empleado informa de un delito con el fin de llamar la atención sobre la presunta conducta ilícita del empleador[80].

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La doctrina constitucional sobre el ejercicio en la empresa de derechos constitucionales que corresponden al trabajador, en cuanto ciudadano, se ha construido precisamente al hilo de supuestos en los que el derecho fundamental invocado es el derecho a la libertad de expresión[81], y la libertad de información[82].La libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos ideas y opiniones y la libertad de información tiene como objeto la libre comunicación y recepción de

[78] V. Gartside v. Outram y Initial Services v. Puterill

[79] Sentencia Matúz contra Hungría, de 21 octubre 2014, ap. 34.

[80] Así en la Sentencia Langner contra Alemania, de 17 septiembre 2015, en un caso relativo a despido de empleado público por declaraciones que acusaban de prevaricación a una autoridad pública, el Tribunal expresamente aclara que el mismo debe ser diferenciado de los asuntos de "denuncias de irregularidades".

[81] SSTC 120/1983 (Caso "Liceo Sorolla"), 88/1985 (Psiquiátrico de Conjo), 6/1995 (Jugador de futbol del club deportivo Tenerife), 106/1996 (Caso "picnic"), 186/1996 (monitor socorrista), 143/1991, 1/1998 (trasporte público dependiente del Ayuntamiento de Oviedo) o 57/1999 (Inspector de Vuelos y Operaciones de Tráfico Aéreo).

[82] STC 6/1988 (Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia), y se decantaría finalmente, STC 4/1996 (horas extraordinarias en el Metro de Madrid), en relación con este derecho en el proceso laboral, STC 197/1998 (derecho de información del testigo protegido frente a la sanción del empresario), STC 90/1999 (difusión de información sobre condiciones de inseguridad en la recogida y transporte de sumas dinerarias por una entidad bancaria). En relación con las libertades de expresión e información, STC 126/1990 (denuncia formulada en Asamblea sobre la solicitud de permiso durante los días previstos de huelga por parte de miembro del comité de empresa)

información sobre hechos, o hechos noticiables. La doctrina constitucional insiste en el diferente objeto de estas libertades, distinción que tiene, como es sabido, decisiva importancia pues a la libertad de expresión no le es exigible la veracidad de lo expresado, que si condiciona la legitimidad de derecho a informar, toda vez que el art. 20.1 d) sólo ampara la transmisión de información veraz. Si bien, en la práctica, dada la difícil labor, en ocasiones, de identificación de la libertad en juego, se opte por la que aparezca como preponderante en cada caso concreto.

Centrando nuestra atención en las limitaciones de la libertad de expresión en el seno de una relación laboral, su ejercicio no sólo está sujeto a las restricciones establecidas por el art. 20.4 CE, sino también a los límites adicionales derivados del vínculo contractual, que une a trabajador y empresario, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación. De este modo, surge un "condicionamiento" o "límite adicional" en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo[83], aunque se trate de un límite débil, frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución[84].En definitiva, con el mismo significado, pero con otros términos, el TC afirma de forma reiterada que la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador debe ser compatible con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE[85]**.** Por lo que respecta a la exigencia de veracidad de la información exigida por el art. 20 CE,la doctrina constitucional en el terreno laboral ha precisado, desde sus inicios, que la veracidad de la información no es sinónimo de la verdad objetiva o incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto[86].

En la doctrina inicial del TC, en los supuestos en los que las libertades de expresión y/o de información colisionan con otros derechos fundamentales, ya sea del empresario o de otros trabajadores, se aplica la doctrina general sobre conflicto entre derechos fundamentales. Sería preciso así un juicio ponderativo

[83] Desde STC 120/1983, de 15 de diciembre hasta STC 203/2015 de 5 de octubre.

[84] STC 241/1999, de 20 de diciembre, que, aunque hable de límite débil, es ciertamente una sentencia muy restrictiva en el conjunto de la doctrina constitucional sobre libertad de expresión en las relaciones laborales.

[85] STC 56/2008, de 14 abril.

[86] Que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones: STC 4/1996, de 18 de febrero.

sobre los derechos en conflicto atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre las cuales habría de tenerse en cuenta el deber de buena fe contractual, que para el trabajador se deriva del contrato de trabajo, junto con otras circunstancias, como la relevancia pública de la expresión o de la noticia, o que las mismas se incardinen en una actuación previa al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE).

En aquellos casos en los que las expresiones o informaciones pueden redundar estrictamente solo en perjuicio del interés empresarial y, por tanto, las libertades de expresión e información se encontrarían exclusivamente sujetas a ese límite adicional derivado del deber de buena fe contractual, en el pasado siglo, convivirían dos criterios interpretativos del juicio de ponderación en la doctrina constitucional. En algunos supuestos, las denuncias de eventuales lesiones de estas libertades quedaban remitidas a un juicio de ponderación entre el derecho fundamental, y el deber de buena fe intercurrente en la relación laboral, atendiendo a las circunstancias concurrentes. En otras ocasiones, en cambio, se afirmaría por el TC que el deber de buena fe modularía el ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" por lo que sería preciso para limitar legítimamente la libertad de expresión del trabajador que, en virtud de las declaraciones u opiniones expresadas o de las noticias o informaciones transmitidas, se impida el desarrollo de la actividad productiva, o más aún se comprometa la propia viabilidad de la empresa[87].

En definitiva, atendiendo a la doctrina transcrita, el punto de partida sería pues la existencia, en la empresa, de límites adicionales a los fijados en la Constitución para el derecho a la libertad de expresión y formulados en unos términos, en ocasiones, tan amplios que excepcionan el régimen general de los derechos fundamentales. Desde este punto de partida, la evolución de la doctrina constitucional sobre libertad de expresión de los trabajadores, a lo largo del siglo XXI, ha ido reduciendo su ámbito legítimo de ejercicio, que ha quedado referido exclusivamente a los temas laborales y valorándose específicamente que no se cause daño a la empresa, lo que en definitiva significa supeditar aquel derecho fundamental al interés de la empresa[88].En atención a lo anterior, el TC ha puesto

[87] STC 1/1998, de 12 de enero (f.j.3º).y SSTC 99/1994, (f.j.4º) y 106/1996, (f.j.5º).

[88] Claramente, la STC 56/2008 de 14 abril estima vulnerada la libertad de expresión razonando acerca del carácter estrictamente laboral del contenido del escrito considerado, que se acredita advirtiendo que nada hay en él que verse sobre ámbitos distintos al de las relaciones laborales. Desde esta perspectiva es evidente la conexión plena del escrito con el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de la relación de trabajo. De otra parte, también se destaca que no cabe apreciar daño alguno en acreditadas necesidades o en intereses empresariales. En igual sentido puede verse la STC 181/2006 de 19 junio. En el supuesto de hecho se comprueba que la sanción disciplinaria a una trabajadora fue consecuencia de un documento que reclamaba mejoras laborales a partir de un análisis crítico de la gestión y dirección del centro en el que se denunciaba del malestar previo existente entre los trabajadores firmantes del escrito, imputando la responsabilidad por dicha situación a la dirección del centro. El TC declara que vulnera la libertad de expresión esta sanción disciplinaria en base al carácter estrictamente laboral del contenido, y a la ausencia de difusión externa, ni de daño a los intereses empresariales.

de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional[89].

Por el contrario, el criterio relativo a la relevancia pública o al interés general sobre la información revelada queda olvidado en el juicio de ponderación entre la libertad de expresión y sus límites, en el ámbito de la relación laboral, y ello a pesar de que finalmente se resuelva en muchas ocasiones declarando la lesión de derechos de los trabajadores[90]. Así acontece, específicamente, en casos de denuncias de irregularidades internas de interés general, como las relativas al sector bancario[91].En consecuencia, quizás el rasgo más destacado de la doctrina constitucional del siglo XXI es un cierto olvido de la doctrina clásica sobre libertad de expresión de los trabajadores en la empresa, que había venido destacando la relevancia pública de la materia sobre la que versan las opiniones o informaciones cuestionadas, como un criterio decisivo para calificar de legítimo el ejercicio por los trabajadores de su derecho de libertad[92].

Y dentro de esta doctrina clásica debe destacarse la STC 1/1998 de 12 enero[93], en un caso de denuncias de irregularidades en un servicio público, pues constituye un claro precedente de la doctrina del TEDH sobre protección eficaz de los *whistleblowers*antes estudiada y que dentro del contenido tutelado por la libertad de expresión de los trabajadores otorga un papel central a la protección eficaz de los denunciantes. En la citada STC 1/1998 se aprecian muchos de los criterios o factores que serán establecidos diez años más tarde por la Sentencia Guja ya analizada, la especial posición de los trabajadores por su conocimiento directo de

[89] SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, 186/2000, de 10 de julio y 56/2008 de 14 abril.

[90] De especial interés es el Voto Particular de la Magistrada Mº Emilia Casas a la STC 126/2003, de 30 de junio.

[91] V. Sentencia núm. 20/2002 de 28 enero, en un caso de denuncias de deficiencias o irregularidades en el funcionamiento de un entidad bancaria (como la emisión de tiradas masivas de tarjetas de crédito, la cesión de bases de datos de clientes, o la existencia de quejas en el Servicio de Atención al Cliente). En esta Sentencia el TC declara que vulnera la libertad de expresión el despido disciplinario del trabajador, como consecuencia de las descalificaciones dirigidas en su cualidad de accionista al presidente de la entidad durante una junta general de accionistas, en la medida en que el presidente de la entidad bancaria tiene una clara proyección pública, y desde la perspectiva de su condición de trabajador, porque las manifestaciones hechas en modo alguno implicaron la revelación de secretos relativos a la explotación y negocios del empresario, que pudieran justificar la restricción empresarial del derecho a la libertad de expresión (FJ 7).

[92] Hasta el punto de que, de conformidad con aquella doctrina clásica del TC, cuyo mejor exponente sería la STC 1/1998, no resultaba exagerado afirmar que, en tanto en cuanto el contenido de la expresión se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, por tanto, la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, quedaba notablemente difuminada.

[93] Relativo a la prestación de un servicio público de transporte urbano en la ciudad de Oviedo en régimen de concesión, existe un interés público en la regular, eficaz y eficiente prestación de dicho servicio. Y a dicho interés sirve indudablemente la comunicación a la administración titular del servicio, y como tal investida de potestades de supervisión y control de la concesionaria, de los datos que puedan resultar decisivos para la regular prestación del mismo.

irregularidades internas, la relevancia pública de las mismas como criterio decisivo para calificar de legítimo el ejercicio de la libertad de expresión, la veracidad de la información, la valoración del daño producido, y en fin que la presencia de este interés público da su máximo sentido a la libertad de expresión como fundamento esencial de una sociedad democrática.

Para el TC, la relevancia pública de la materia sobre la que versan las manifestaciones es un criterio decisivo para calificar como legítimo el ejercicio por los trabajadores de su derecho de libertad, hasta el punto de que no resulta exagerado afirmar que en tanto en cuanto el contenido de la expresión se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, por tanto, la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, queda notablemente difuminada[94]. Dicha conclusión se refuerza particularmente cuando el comunicante, por su directo conocimiento de los hechos relevantes para la adecuada prestación del servicio público, se encuentra especialmente capacitado para formular denuncias que coadyuven eficazmente al interés de eliminar fraudes o abusos en la prestación del servicio público. También se valoraba que la veracidad de los hechos constitutivos de posibles irregularidades en la prestación del servicio no había sido negada ni afirmada en la vía judicial previa y además, no cabe considerar, a juicio del TC, la conducta del recurrente como desleal y comprometedora de la viabilidad empresarial.

Lo que claramente se deduce de esta doctrina es que, en el caso de un posible conflicto entre la lealtad debida a la empleadora y la lealtad igualmente debida al interés público, obra lícitamente quien se comporta de modo que prevalezca este último. Como señala la citada STC 1/1998, la presencia de este interés público, viene a dar su máximo sentido al ejercicio de la libertad de expresión, pues es claro que las libertades del art. 20 CE no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático"[95].

Finalmente, en la doctrina constitucional una especial consideración merecen los asuntos de libertad de expresión sindical en los que la perspectiva de la relevancia o irrelevancia para el interés público de las informaciones no aparece suficientemente destacada en la doctrina constitucional. Ciertamente el TC distingue los genéricos derechos a la libertad de expresión e información de los que son titulares todos los ciudadanos, de los casos en los que la información y expresión sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos del

[94] V. FJ 5, con cita de las SSTC 6/1988 y 143/1991.

[95] Como de forma tajante declararía la STC 1/1998, de 12 de enero "la ausencia de consideración por las resoluciones enjuiciadas de este público interés en el contenido de las manifestaciones realizadas por el recurrente, bastaría por ello, y por sí sola, para considerar constitucionalmente inadecuada la ponderación realizada en las resoluciones impugnadas".

ejercicio de la función representativa y a través de los cuales se ejerce la acción sindical, que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical[96]. Sin embargo, en las sentencias del TC, esta configuración teórica reforzada de la libertad de expresión sindical, no parece, a mi juicio, traducirse en las últimas sentencias, en una extensión de la tutela de la libertad de expresión de los representantes sindicales, más allá del contenido tutelado por el canon de constitucionalidad del art. 20 CE[97].

En supuestos de libertad de expresión sindical, en los que la reacción empresarial se entiende desproporcionada y la vulneración existente, el TC motivará su decisión argumentando, por ejemplo, que no se divulgaron asuntos sujetos a la obligación de confidencialidad, conocidos en razón de su condición representativa. De esta forma, en relación con las opiniones e informaciones divulgadas tampoco se plantea su eventual ámbito de ejercicio legítimo, desde la perspectiva del interés público, y ello pese a que se había denunciado incumplimiento de obligaciones, por parte de la empresa[98].

En definitiva, se constata que los razonamientos del TC le llevan primero a controlar que las opiniones y/o informaciones se refieran al ámbito de las funciones de los representantes sindicales para aplicarles acto seguido los límites genéricos de la libertad de expresión y concretamente el deber de buena fe contractual. Aunque se trate de denuncias relativas a lesiones de los derechos de los trabajadores no se alude, en ningún momento, al criterio o factor de valoración relativo a la relevancia pública de lo informado, para aplicar el principio de proporcionalidad a las limitaciones de la libertad de expresión[99]. Por ello, las libertades de expresión e información ejercidas en el marco de la acción sindical, deben conciliarse con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa[100].

[96] STC 198/2004 de 15 noviembre.

[97] STC 203/2015, de 5 octubre, al ponderar si el recurrente ejerció el derecho fundamental de libertad de expresión sindical (art. 28.1 CE) dentro de su ámbito legítimo, afirmaría que procede para ello que sometamos a examen las expresiones conforme al canon propio de aquel derecho que, como ocurre igualmente en el ámbito genérico de cobertura ofrecido por el art. 20.1 a) CE, tiene como límite que la expresión de opiniones no se haya realizado a través de apelativos formalmente injuriosos e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se lleva a cabo (FJ 6).

[98] STC 227/2006 de 17 julio.

[99] STC 198/2004 de 15 noviembre, se trata de un despido de trabajador, delegado sindical, por publicar anuncios en prensa y repartir comunicados y anuncios de posibles movilizaciones a clientes y tour-operadores y agencias. La Sala declarara la nulidad del despido por vulneración de la libertad de expresión pues tales comunicados se considerarían unas acciones desarrolladas en el ejercicio de su actividad sindical, en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores, que respetaron los límites genéricos de las libertades de información y expresión y no transgredieron las exigencias de la buena fe contractual. Se aprecia claramente con la lectura de los fundamentos jurídicos 5 y 6.

[100] STC 198/2004, de 15 noviembre (FJ 8).

5. RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TEDH Y DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La doctrina del Tribunal Supremo que asume la doctrina constitucional y es citada de forma reiterada por la doctrina judicial, pivota sobre las recíprocas exigencias de la buena fe en el ejercicio de la libertad de expresión[101]. Al igual que en la doctrina constitucional, en términos generales, puede afirmarse que para el Tribunal Supremo y para nuestra doctrina judicial el interés empresarial y deber de buena fe se sitúan en la balanza del juicio de proporcionalidad, al que deben someterse los "necesarios" límites del derecho fundamental, en el ámbito de las relaciones entre empleado y empleador.

Además, en la doctrina judicial hemos de destacar que un número importante de sentencias versan sobre denuncias de irregularidades en servicios de relevancia pública. Pues bien, solo en algún caso aislado, la antes citada STC 1/1998, de 12 de enero, cuenta con aplicación directa en nuestra doctrina judicial[102]. Por el contrario, de forma mayoritaria en las sentencias vistas no se sigue aquella doctrina y en algunas la perspectiva de análisis destaca, por el contrario, la limitación de la libertad de expresión derivada del "complejo de derechos y obligaciones que genera el contrato de trabajo", incluso cuando ésta tiene por objeto la denuncia de hechos de relevancia pública[103].

Es decir, lo significativo de la doctrina judicial es que aunque se tutele a los trabajadores en el ejercicio de su libertad de expresión no se valora, en estos casos, la transcendencia para el interés público derivada de la denuncia de irregularidades, lo que es especialmente grave pues la libertad de expresión es esencial para una sociedad democrática. Así acontece entre nosotros, en casos de actividad reivindicativa reiterada[104], de falsedad de datos contables[105], de denuncias relati-

[101] Como se sintetiza por la STS de 12 de febrero de 2013 (Rec. 254/2011).

[102] Se trataría de la STSJ de Cantabria, de 26/2/2003 (Rec. 183/2003) que declararía la violación de la libertad de expresión del trabajador y delegado de personal en un caso de despido-represalia frente a irregularidades empresariales denunciadas por el trabajador. El FJ 2 aplica claramente la doctrina del FJ 5 de la STC 1/1998 fuera del ámbito de un servicio público.

[103] STSJ de Castilla-La Mancha, de 14/9/2006 (Rec. 826/2006). Ilustrativa es la STS 20 de abril de 2005 (Rec.u.d. 6701/03) al indicar que "la denuncia de hechos de relevancia pública, efectuada a través de medios adecuados y de forma proporcionada, por parte de trabajadores o representantes, pueden estar amparados por los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión. Pero no obstante, el complejo de derechos y obligaciones que genera el contrato de trabajo modula el ejercicio de los derechos fundamentales,…".

[104] STSJ de Cataluña, de 23/10/2002 (Rec. 4653/2002) declaró la nulidad del despido por vulneración de derecho a la libertad de expresión de trabajador con reiterada actividad reivindicativa en la empresa.

[105] STSJ del País Vasco, de 30/1/2007 (Rec. 2920/2006) En el curso del proceso negociador seguido en la empresa, el trabajador manifestó al comité y en asamblea de trabajadores opiniones expresivas de que los datos contables que aquélla daba a esos representantes sobre su situación económica no se ajustaban a la realidad. El despido del trabajador por tal causa lesionó su derecho a la libertad de expresión

vas a la gestión empresarial de recursos humanos[106], e incluso en supuestos de manifiestas prácticas corruptas en contratación pública, y ello a pesar de que se apele a existencia de un interés general protegible más allá de los privativos de la empresa de que se trate[107]. También se ha afirmado que en el caso de una denuncia de irregularidades en conversación privada ante el empleador, determinante del despido, la trabajadora no estaría protegida por la libertad de expresión al no haber tenido un mínimo de proyección pública[108].

Específicamente, debemos destacar la existencia de casos sobre limitaciones de la libertad de expresión de los trabajadores en el ámbito de la prestación de servicios en centros de asistencia a personas mayores dependientes[109], donde, a pesar del relevante interés público de la denuncias de las irregularidades en la prestación de los servicios geriátricos, esta perspectiva no se aborda. Finalmente, también pueden identificarse casos relativos al servicio sanitario, en los que se ha tutelado la libertad de expresión pues ha de entenderse superada la lealtad acrítica[110], cuando se denuncian incumplimientos de la empresa que además repercuten

[106] STSJ de Cataluña, de 3/3/2016 (Rec. 191/2016) declara la nulidad del despido producido por las manifestaciones realizadas por el trabajador a través de su página de *facebook* contra la *Fundació Gran Teatre del Liceu* en las que criticaba las elevadas retribuciones que percibían algunos directivos de la empresa, la supresión a la escuelas de música de las becas, o la extinción de los contratos de trabajo de trabajadores del *Liceu*. Además, reclamaba a través de este mismo medio más trasparencia, que se publicaran las retribuciones y se investigaran las contrataciones del Coro, dado que se había hecho determinadas contrataciones de ciertos personajes públicos, que carecían de justificación. STSJ de Andalucía (Málaga) de 7/6/2017 (Rec. 1787/2016) sobre denuncias de irregularidades laborales y de situación de acoso laboral.

[107] La Sentencia TSJ de Asturias, de 11/10/2007 (Rec. 4153/2006) declara violación de la libertad de expresión en el supuesto de un despido motivado por un juicio técnico emitido por el trabajador de la empresa Aguas de la Cuenca del Norte, S.A., con voto contrario a la propuesta que resultaba de la mesa de contratación. El trabajador, único técnico de la mesa, emite su opinión valorando como más adecuada la oferta más barata mientras que el resto de los componentes defienden otra más cara, se suspende la sesión y se le despide. El trabajador debe ser protegido por sus juicios técnicos en el desarrollo de su trabajo y la Sala entiende que ello forma parte del derecho a la libertad de expresión y resulta de aplicación dada la función de la mesa de contratación sometida al control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 132 de la Ley de Aguas), de modo que estamos ante una empresa pública en la que existe un interés general protegible más allá de los privativos de la empresa de que se trate (FJ 5). Sobre denuncias de corrupción también la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas), de 26/1/2017 (Rec. 1184/2016).

[108] STSJ Extremadura, de 18/2/2015, que no aprecia la lesión de derechos fundamentales al no haber ejercitado el trabajador acción alguna frente a la empresa, siendo el motivo de su cese la opinión vertida en reunión privada sobre irregularidades en obras municipales, pues la libertad de expresión no protege las expresiones sin "trascendencia pública", que la Sala identifica con la falta de proyección pública.

[109] STSJ de Madrid de 19/6/2017 (Rec. 434/2017) que declara la nulidad del despido por lesión de la libertad de expresión en un caso de difusión de un documento, ya que su difusión tuvo lugar solo entre los propios trabajadores. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 30/1/2017 (Rec. 6712/2016) declaró procedente el despido de una denunciante que imputaba a la empresa consentir una conducta de malos tratos a los mayores residentes. A pesar de tratarse de una denuncia de relevancia pública, la sentencia se construye desde los límites de ejercicio de la libertad de expresión, conforme a las exigencias de la buena fe y se declara el despido disciplinario procedente.

[110] STSJ de Cataluña de 18/3/2005 (Rec. 853/2003) que declara lesionado el derecho a la libertad de expresión del personal al servicio de las administraciones en caso de represalias (denegación del segundo grado de carrera profesional) frente a las manifestaciones críticas vertidas por el trabajador sobre el servicio prestado por el Instituto Catalán de la Salud.

en la atención a los usuarios, enla forma en que se presta el servicio público sanitario cuya concesión explota la empresa recurrente[111].

Con independencia de que la solución adoptada pueda o no compartirse, atendiendo a las circunstancias de cada caso, lo relevante, a mi juicio, en los pronunciamientos analizados, es la ausencia de la necesaria perspectiva que debería haber llevado al órgano judicial a la aplicación del juicio o canon de constitucionalidad definido desde el TEDH, a los efectos de determinar si existió legítimo ejercicio del derecho a denunciar como contenido protegido por la libertad de expresión de los trabajadores, o por el contrario, se ejercitó la libertad de expresión fuera de este ámbito tutelado. En definitiva, lo grave es que ante cualquier denuncia de actos o conductas de entidades públicas o compañías privadas que revistan interés público debería activarse el protocolo o el test definido por el TEDH desde la célebre Sentencia Guja.

6. VALORACIÓN DE LA TUTELA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS TRABAJADORES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TEDH Y DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Como se sabe, la extensión de la tutela internacional y nacional de la libertad de expresión al ámbito de la relación laboral y de la función pública no determina una protección reforzada de los empleados, derivada de su mayor vulnerabilidad, por razones de dependencia económica. La libertad de expresión del trabajador en el interior de la empresa, por el contrario, está más restringida que la de cualquier ciudadano en sus relaciones con el Estado. La obligación de lealtad de los trabajadores a su empleador en el sector privado, al igual que la delos funcionarios en el sector público, restringe la libertad de expresión de ambos grupos. En definitiva, existen categorías o colectivos titulares de la libertad de expresión, sujetos a "particularidades" en el disfrute de esta libertad. Este sería el caso de los titulares sometidos a relaciones de especial sujeción con los poderes públicos (miembros de las Fuerzas Armadas[112], de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del

[111] SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 3/5/2002 (Rec. 250/2002) y de 26/4/2002 (Rec.240/2002). Se trata de un supuesto relativo a una carta dirigida por trabajadores de una empresa de ambulancias al Servicio de Salud correspondiente, denunciando diversas irregularidades de su empleadora(retraso reiterado en el pago de nóminas, no aplicación del Convenio estatal de transporte sanitario, realización de horas extraordinarias por encima del máximo, ocultación a los representantes electos de la información prevista en el Estatuto de los Trabajadores, y existencia de numerosas denuncias ante la Inspección de Trabajo) y solicitando una intervención administrativa que ponga freno a la actitud "intransigente y fascista" de la dirección de la empresa, en atención a la prestación de servicio público, encomendada a la empresa para la que prestan sus servicios.

[112] El artículo 10 se aplica a los miembros de las Fuerzas Armadas, de igual forma que lo hace a otras personas dentro de la jurisdicción de los Estados contratantes. Sin embargo, el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas es difícilmente imaginable sin normas legales diseñadas para evitar que los militares debiliten la disciplina requerida, por ejemplo, mediante escritos, (por todas, Sentencia Szima contra Hungría, de 9 octubre 2012, ap. 27).

Estado, y empleados públicos) los trabajadores y los representantes sindicales[113]. Estos titulares en la doctrina del TC están sujetos a restricciones específicas. No se puede hablar tanto de una titularidad disminuida cuanto de un disfrute de la libertad de expresión en un determinado contexto jurídico donde las reglas son más estrictas[114].

Por lo que respecta a la valoración de la doctrina del TEDH, comenzando por las sombras se comprueba que éstas se proyectan, en primer lugar, sobre la libertad de expresión de los representantes sindicales. A diferencia de los periodistas, cuya libertad de expresión el Tribunal considera esencial para el propio funcionamiento de la democracia, las críticas de los representantes sindicales sobre la organización empresarial no siempre se consideran una cuestión de interés general[115]. Algunas afirmaciones del Tribunal, en relación con la libertad de expresión de los representantes sindicales, incluso parecen sostener que estos sujetos, a diferencia de los trabajadores, no tienen la especial protección de los denunciantes en los llamados *wistleblowing* casos[116]. En el caso de los representantes sindicales los límites derivados de la obligación de lealtad imposibilitan valorar expresiones consideradas gravemente ofensivas[117].

Por su parte, en la doctrina inicial del TC el representante sindical ocupa una posición preferente como titular de este derecho, en cierta medida equiparable con la del profesional de la información, por la función de la libertad de expresión e información como instrumentos de su función representativa y de la acción sindical. Sin embargo, como antes se señaló, a pesar de la configuración teórica reforzada de la libertad de expresión sindical, como contenido tutelado por el art. 28CE, ello no se ha traducido en la práctica de la doctrina constitucional del siglo XXI en una mayor tutela frente a los intereses empresariales. Además, incluso en los supuestos de denuncias sobre violación de los derechos de los trabajadores no se valora el caso desde la perspectiva del interés público en la denuncia de irregularidades empresariales.

Pues bien, avanzando en la valoración de la doctrina del TEDH hemos de señalar que aunque, tanto en la doctrina de este tribunal como de los tribunales españoles, la libertad de expresión en el seno de las relaciones laborales, se ve

[113] Los profesionales de la información tienen garantizado un ejercicio reforzado o preferente siendo una suerte de titular privilegiado de la libertad de expresión (STC 225/2002). Se produce una sutil inversión de la prueba sobre la relevancia pública de la información transmitida, también cuando se ejercite frente a su empleador y por tanto el ejercicio de su libertad se inserte en el ámbito profesional.

[114] Villaverde Menéndez, I, La libertad de Expresión, en AAVV, Comentarios a la Constitución Española, Wolter Kluwer, 2018.

[115] Si se aprecia así en Palomo Sánchez y Otros contra España, Sentencia de 12 septiembre 2011. En sentido contrario en Aguilera Jiménez y otros contra España, Sentencia de 8 diciembre 2009.

[116] Szima contra Hungria, Sentencia de 9 octubre 2012.

[117] Palomo Sánchez y Otros contra España, Sentencia de 12 septiembre 2011.

constreñida por el respeto a la buena fe o la debida lealtad a la empresa y, respectivamente, hemos comprobado que los principios de buen fe y lealtad debida imponen al trabajador deberes de sigilo y/o de respeto no exigible a cualquier particular, la configuración de estas restricciones es diversa.

En la doctrina del TEDH el interés empresarial se valora como un criterio más dentro del juicio de proporcionalidad de los límites, que debe soportar la libertad de expresión. En la doctrina constitucional y judicial española se alza en una limitación específica y en la aplicación del juicio de proporcionalidad se pondera o trata de conciliarse la libertad de expresión (también sindical) con el interés económico empresarial.

En consecuencia y de partida, la configuración dogmática es completamente diversa pues el TEDH aplica a las decisiones que restrinjan o limiten la libertad de expresión en el ámbito de la relación laboral o de la función pública la doctrina general relativa al art. 10 CEDH. Estas limitaciones o injerencias han de estar legalmente previstas, perseguir un fin legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. La diferencia fundamental radica pues en que en la doctrina TEDH los límites a la libertad de expresión de los empleados han de ser necesarios para una sociedad democrática. Por ello, esta doctrina aplica la libertad de expresión de acuerdo con su finalidad, pues parte de considerar que la tutela de libertad de expresión de los trabajadores contribuye a la transparencia en la economía ya la democracia.

Por el contrario, la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión de los trabajadores constituye una línea interpretativa desgajada del tronco común y con reglas específicas construidas por el Tribunal Constitucional[118]. En esta doctrina especial los límites a la libertad de expresión del trabajador solo precisan estar justificados en base al interés empresarial.

Otra diferencia sensible entre la doctrina del TEDH y la doctrina de nuestros tribunales se aprecia en relación con la relevancia pública de la opinión o la información divulgada que es considerada por el Tribunal Europeo como un criterio esencial que restringe el ámbito de las limitaciones a la libertad de expresión de los trabajadores al igual, que el margen de apreciación de los Estados. Por el contrario, entre nosotros, en el ámbito de la relaciones laborales, el TC excepciona su doctrina general (más acorde con la doctrina del TEDH) en la que la relevancia pública de la opinión o la información divulgada es un criterio decisivo de la proporcionalidad de los límites que debe soportar la libertad de expresión[119]. En el ámbito laboral y sindical, incluso cuando la información sea de interés general se

[118] Villaverde Menéndez, I, La libertad de Expresión, en AAVV, Comentarios a la Constitución Española, cit., p. 480.

[119] Para nuestro TC existe un interés colectivo en ser informado verazmente sobre asuntos de relevancia púbica y una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información y lo hace por referirse a un asunto público, es decir a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (STC 134/1999, FJ 8).

destaca la limitación de la libertad de expresión derivada del cuadro de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, es decir del interés empresarial.

Por ello hemos de reiterar que quizás el rasgo más destacado de la doctrina sobre la libertad de expresión en el siglo XXI es un cierto olvido de la doctrina clásica sobre las libertades de expresión y de información de los trabajadores en la empresa[120]relativa a la relevancia pública de la materia sobre la que versan las opiniones o informaciones cuestionadas, como criterio decisivo para calificar como legítimo el ejercicio por los trabajadores de su derecho de libertad. En nuestra doctrina judicial igualmente, como antes hemos destacado, lo significativo es que aunque se tutele a los trabajadores en el ejercicio de su libertad de expresión no se valora la transcendencia para el interés público derivada de la denuncia de irregularidades, lo que es especialmente grave pues la libertad de expresión es esencial para una sociedad democrática.

Con independencia de que la solución adoptada pueda o no compartirse atendiendo a las circunstancias de cada caso, lo relevante, a mi juicio, en los pronunciamientos analizados, es la ausencia de la necesaria perspectiva que debería haber llevado al órgano judicial, ante cualquier denuncia de actos o conductas de entidades públicas o compañías privadas que revistan interés público, a la aplicación del protocolo o el test definido por el TEDH desde la célebre Sentencia Guja.

7. NECESARIA INTERVENCIÓN LEGAL EN ESPAÑA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DENUNCIANTES DE IRREGULARIDADES INTERNAS

Una vez analizada la doctrina del TEDH y su deficiente incorporación por la doctrina judicial de nuestro país, es preciso destacar que España no cuenta, a diferencia de los países europeos de nuestro entorno geográfico y político, con un sistema suficientemente avanzado de protección de los denunciantes[121]. Y ello es así, a pesar de los trabajos avanzados desde el ámbito Europeo, en aras de conseguir mayores dosis de transparencia económica y democracia[122] y de la Resolución

[120] SSTC 6/1988, 143/1991 y 1/1998, de 12 enero.

[121] Existe la obligación genérica de denuncia de hechos delictivos en el art. 262 L.E.Crim. En el ámbito laboral deben recordarse las obligaciones establecidas en el ámbito del acoso por el art. 48de la LOI de 2007. En el ámbito de la Administración Pública es preciso destacar la norma autonómica, en concreto, de Castilla y León, la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, que establece garantías para los informantes. Además debe citarse la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la necesidad de implantar canales de denuncias internos para el registro de actividades ilícitas e incumplimientos dentro de las empresas. Existe una proposición de Ley sobre protección de los denunciantes.

[122] De conformidad con el art. 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Con fecha de 23/4/2018 la Comisión Europea ha propuesto una nueva normativa para las empresas de más de 50 empleados o con volumen anual de ingresos superior a 10 millones de euros cuenten con canales internos que permitan a los trabajadores denunciar un caso de corrupción o una ilegalidad que

del Parlamento Europeo de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos. En efecto, la citada Resolución de 2017 lamenta que solo unos pocos Estados miembros de la Unión hayan introducido sistemas suficientemente avanzados de protección de los denunciantes y pide a los Estados miembros de la Unión, que aún no hayan adoptado dichos sistemas o principios pertinentes en su legislación nacional, que lo hagan lo antes posible[123].

Esta Resolución tiene la importancia de definir tanto el concepto de denunciante, como de información de interés general. Además, establece disposiciones en torno a los mecanismos de denuncia y a la protección concedida a los denunciantes, configurando un estatuto para una protección adecuada y eficaz. Entiende por denunciante de irregularidades toda persona que comunique o revele información en interés público, incluido el interés público europeo, sobre un acto ilegal, indebido o que suponga una amenaza o un daño, o que menoscabe o ponga en peligro el interés público, por lo general, pero no exclusivamente, en el contexto de su relación laboral, ya sea en el sector público o en el privado, en el ámbito de una relación contractual o de su actividad sindical o asociativa[124].

Considera que toda información relativa a un menoscabo del interés general incluye, sin limitarse a ello, la corrupción, los delitos penales, los incumplimientos de las obligaciones jurídicas, los errores judiciales, el abuso de autoridad, los conflictos de intereses, el uso ilícito de fondos públicos, el abuso de poder, los flujos financieros ilícitos, las amenazas contra el medio ambiente, la salud, la seguridad pública, la seguridad nacional y la protección de la vida privada y de los datos personales, la elusión fiscal, las violaciones de los derechos de los consumidores, las violaciones de los derechos de los trabajadores y otros derechos sociales y los ataques contra los derechos humanos y las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, así como los actos de encubrimiento de cualquiera de estas infracciones[125].

En definitiva, el interés público general debe tener preponderancia sobre el valor privado o económico de la información comunicada, y debería ser posible

afecte negativamente al interés público y que éstos reciban el mismo nivel de protección en todos los Estados miembros.

[123] V. ap. 9. Alienta a los Estados miembros a promover, a través de campañas de concienciación, una cultura de reconocimiento del importante papel que desempeñan en la sociedad los denunciantes de irregularidades; considera necesario fomentar una cultura ética en el sector público y en los lugares de trabajo, en cooperación con las organizaciones sindicales (ap. 11)

[124] Destaca que ello incluye también a las personas al margen de las relaciones laborales tradicionales entre empleador y trabajador, como consultores, contratistas, trabajadores en prácticas, voluntarios, estudiantes que trabajan, trabajadores temporales o antiguos empleados que tengan pruebas de tales actos y motivos razonables para creer fidedigna la información transmitida, apartado 14.

[125] V. ap.17. Subraya la necesidad de garantizar siempre una protección eficaz de los denunciantes, aun cuando la información revelada no guarde relación con actos ilícitos, puesto que sus revelaciones tienen por objetivo de evitar un posible daño al interés público general, ap. 19.

comunicar información sobre serias amenazas al interés público incluso si es objeto de protección legal. En concreto se considera así que deben aplicarse procedimientos especiales a la información clasificada relativa a la seguridad nacional y la defensa debiendo hacerse la comunicación a una autoridad competente[126]. No debemos olvidar el derecho del público a ser informado de cualquier irregularidad que comprometa el interés público por lo que un denunciante siempre debe poder revelar públicamente información sobre un hecho ilegal o ilícito o contrario al interés público[127].

En definitiva, de una parte, se trata de una regulación que parece adecuada, al no establecer una lista cerrada, pues en la categorización de las informaciones protegidas por la legislación británica (*Public Interest Disclosure Act* de 1998, PIDA) por ejemplo, se había considerado insuficiente y limitada la fijación de una lista cerrada de temas protegidos. Se trata de una cuestión de crucial importancia para las empresas pues también se alega que el concepto "interés público" no es fácilmente definible, al igual que el término "interés público europeo", también empleado por la resolución.

De otra parte, si la regulación propuesta por esta Resolución se compara con la doctrina del TEDH pueden apreciarse algunas diferencias, en las que es preciso profundizar. En primer lugar, en la doctrina del Tribunal, el denunciante debe, en primer lugar, actuar en el interior de la organización y, en caso de que no sea posible, actuar frente las autoridades competentes. Téngase en cuenta que en el sector privado activar los procedimientos internos de denuncia es fundamental para salvaguardar el nombre y reputación de la empresa. Ciertamente en el apartado 32 se alienta a los empresarios a que establezcan procedimientos de denuncia internos si bien en el apartado 37 de la Resolución se protege a los denunciantes que directamente formulan públicamente su denuncia[128].

El tema es particularmente importante en países como España donde no existe normativa que establezca o que promueva procedimientos de denuncia interna y de protección de los informantes sobre irregularidades o actos ilícitos en las organizaciones productivas. La inexistencia de canales internos de denuncia y de una regulación normativa que proteja a los trabajadores es un argumento fundamental para proceder legítimamente dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión, directamente a la denuncia externa, atendiendo a la doctrina del TEDH de la Sentencia Heinisch contra Alemania.

[126] Apartado 18.

[127] Apartado 35

[128] Considera que la denuncia fuera de la organización, incluso directamente al público sin pasar primero por una fase interna, no puede constituir un motivo para la invalidación de la denuncia, para procesar al denunciante de las irregularidades o para denegar su protección; considera que esta protección debería concedérsele independientemente del canal elegido para efectuar la denuncia y basándose en la información revelada y el hecho de que el denunciante tuviera motivos razonables para creer en la veracidad de los hechos.

En segundo lugar, otra de las cuestiones objeto de debate es la de la buena fe del denunciante, una exigencia que es especialmente valorada por la doctrina del TEDH para extender su manto de tutela. Sin embargo, en la Resolución del Parlamento Europeo el apartado 47 considera que la base de la protección de los denunciantes debe ser la información expuesta y no la intención del denunciante. En igual sentido la normativa británica suprimió toda referencia a la exigencia de buena fe del denunciante o *whistleblower* para estar protegido[129]. El foco debe estar en el valor de la información revelada antes que en el motivo del denunciante, que puede tener motivaciones diversas cuando el tema fundamental es si la revelación es o no es en interés público[130].

Los denunciantes de irregularidades han desempeñado un papel fundamental que contribuye a la transparencia en la política y la economía a la información pública y en definitiva a la democracia[131]. La inexistencia hasta la fecha de un marco regulador conveniente en España para la protección de los denunciantes en empresas y en las administraciones públicas nos obliga a mirar hacia la protección que ofrece la doctrina del Tribunal Europeo sobre libertad de expresión de los trabajadores. A pesar de las limitaciones del art. 10 CEDH y de la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo, esta doctrina provee de una protección adicional a los denunciantes, desde la perspectiva de tutela de los derechos humanos, pues impone una obligación positiva a los Estados y no sólo cuando actúan como empleadores, sino también en relación con la protección de los trabajadores que prestan servicios en el sector privado de la economía.

BIBLIOGRAFÍA

- Bychawska-Siniarska, D., Protecting the right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2017.
- Cabeza Pereiro, J., "La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH", Revista de Derecho Social, Nº 69/ 2015.
- Català i Bas, A. H. Libertad de expresión y poderes públicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Clapham, Human Rights Obligations of Non- State Actors, Oxford University Press, 2006.

[129] Tras la *Enterprise and Regulatory Reform Act* 2013 (ERRA 2013) ya no es la buena fe del denunciante una obligación establecida por la *Public Interest Disclosure Act* de 1998 (PIDA). Los Tribunales pueden reducir la indemnización hasta un 25% si entienden que la revelación no fue hecha de buena fe.

[130] Hobby Catherine, Article 10; The right to freedom of Expression and Whistleblowing.

[131] Han resultado ser una pieza esencial en el periodismo de investigación Apartado 21.

- Collins, Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law through Constitutionalization, en Dalhousie Law Review, 30/2007.
- Costa, J.P., La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo, Persona y Derecho, 44/2001.
- Dorssemont, F., Lörcher, K.Schömann I., (edit), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, 2013.
- Fasterling B., Lewis D., Denuncia de irregularidades, filtraciones y libertad de expresión. Promoción del interés público mediante la legislación, Revista Internacional del Trabajo, 133/2014.
- Fernández Segado, F., La Libertad de Expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Revista de Estudios Políticos, 70/1990.
- García Murcia, J., "Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Actualidad laboral, 6/2014.
- Hassink, Harol, VriesMeinderd (de), BollenLaury, A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies, Jornal of Business Ethics 75/2007.
- Hobby C., Article 10; The right to freedom of Expression and Whistleblowing.
- Lieberwitz, R.L., Los derechos laborales como derechos fundamentales en el derecho de EEUU: potencial y límites, Revista de Derecho Social, 69/2015.
- Losa Múñiz, V., Administraciones públicas. Castilla y León. Regulando el «whistleblower» en Castilla y León, en La Administración Práctica núm. 2/2017 Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.
- Mantouvalou, V., Labour rights in the European Convention on Human Rights, An Intellectual Justification for an Integrated Approach to InterpretationHuman Rights Law Review Advance (March) 1/2013.
- Mantouvalou, V., Are, labour rights human rights?, European Labour Law Journal, Vol. 3/ 2012), Núm.2.
- Martín Valverde, A., "Tendencias recientes de la jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical". Derecho de los negocios, nº 248, sección relaciones laborales, mayo 2011, Editorial La Ley.
- Martínez Miranda, M., Jurisprudencia Social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Revista Jurídica de los Derechos Sociales, 6/2016.
- Pazos Pérez, A., El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral Tirant lo Blanch, 2014.
- Rey Guanter, (del) S., Libertad de expresión e información y contrato de trabajo: un análisis jurisprudencial Madrid, Civitas, 1994.
- Rojas Rivero, G. P., La libertad de expresión del trabajador, Madrid, Trotta, 1991.
- Salvador Cordech, P., El mercado de las ideas, Madrid, 1990.

- Serrano Maíllo, I., El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: dos casos españoles, Teoría y Realidad Constitucional, 28/2011.
- Solozábal Echavarría, J.J., Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Libertad de Expresión, en Revista de Estudios Políticos 77/1992.
- Tsahuridu E., Vanderkerckhove, W., Organisational Whistleblowing Policies: Making Employees Responsible o Liable? Journal of Business Ethics, 82/2008.
- Vandekerckhove, W., European Whistleblower Protection: Tiers or Tears? (June 2009). A global approach to public interest disclosure, D. Lewis, ed., Cheltenham/Northampton MA, Edward Elgar, 2009.
- Voorhoof Dirk, Humblet, P. The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR, enDorssemont, F., Lörcher, K.,Schömann, I., (edit), The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, 2013.
- Villaverde Menéndez, I, La libertad de Expresión, en AAVV, Comentarios a la Constitución Española, WolterKluwer, 2018.

LISTADO DE SENTENCIAS DEL TEDH

Guja contra Republica de Moldova (no. 2), Sentencia de 27 de febrero de 2018
Marunić contra Croacia, Sentencia de 28 de septiembre de 2017
Karlamov contra Rusia, Sentencia de 8 de octubre de 2015
Langner contra Alemania, Sentencia de 17 septiembre 2015
AndrisRubins contra República de Letonia, Sentencia de 13 enero 2015
Matúz contra Hungría , Sentencia de 21 de octubre de 2014
Bucur and Toma contra Rumania Sentencia de 10 de enero de 2013
Szima contra Hungria, Sentencia de 9 octubre 2012
Sindicato de la policía de la República de Eslovaquia y otros contra Eslovaquia, Sentencia de 25 septiembre 2012
Sosinowska contra Polonia, Sentencia de 18 octubre 2011
Vellutini y Michel contra Francia , Sentencia de 6 de octubre de 2011
Palomo Sanchez y Otros contra España, Sentencia de 12 septiembre 2011
Heinisch contra Alemania, Sentencia de 21 de julio de 2011
Aguilera Jiménez y otros contra España, Sentencia de 8 diciembre 2009
Lombardi Vallauri v. Italy, Sentencia de 20 de Octubre de 2009
Guja contra Moldavia, Sentencia de 12 febrero de 2008
Ukrainian Media Group contra Ucrania, Sentencia de 29 marzo 2005
Steel y Morris contra Reino Unido, Sentencia de 15 febrero 2005
De Diego Nafría contra España, Sentencia de 14 marzo 2002

Fuentes Bobo contra España, Sentencia de 29 febrero 2000
Wille contra Liechtenstein, Sentencia de 28 de octubre de 1999
Ahmed and Others contra Reino Unido, Sentencia de 2 de septiembre de 1998
José García Praena contra España, Decisión de 1 julio 1998
Goodwin contra Reino Unido, Sentencia de 27 marzo 1996
Vogt contra Alemania, Sentencia de 26 se septiembre de 1995
Leander contra Suecia, Sentencia de 26 marzo 1987
Glasenapp contra Alemania, Sentencias de 28 agosto 1986
Kosiek contra Alemania, Sentencia de 28 de agosto de 1986

EL DERECHO DE REUNIÓN: CONTEMPLACIÓN JURÍDICA Y ELEMENTOS DE RESTRICCIÓN DESDE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

Eva Garrido Pérez
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras Clave**: derecho de reunión, manifestaciones, asamblea, restricciones, orden público

La propiedad del derecho de reunión de situarse funcionalmente en escenarios de coincidencia con otra serie de libertades y derechos protegibles, para unos con un perfil de instrumentalidad y para otros de afectación, hace de él un derecho de particular complejidad. De la multiplicidad de observatorios desde los que cabe abordar el análisis del derecho de reunión, se propone aquí una perspectiva ya no estática sino dinámica de la doctrina emanada del TEDH sobre los márgenes protectores y limitadores que dispensa el reconocimiento del derecho de reunión en el art.11 del CEDH, contemplando su posible proyección en el espacio de ordenación que recibe este derecho en el sistema jurídico español, y de manera particular cuando se ejercita en el ámbito de las relaciones laborales.

ABSTRACT **Key Words**: right to freedom of assembly, meetings, lawful restrictions, public order

The attribute of the right of assembly to position itself functionally in scenarios of coincidence with another series of liberties and protectable rights, for some with a profile of instrumentality and for others of affectation, makes it a right of particular complexity. From the multiplicity of viewpoints from which the analysis of the right of assembly can be approached, here is proposed a not static but dynamic perspective of the doctrine emanated from the ECHR on the protective and restrictive margins that the recognition of the right of assembly is dispensed in article 11 of the Convention, contemplating its possible projection in the area of regulation that this right receives in the Spanish legal system, and in a particular way when it is exercised in the field of labor relations.

 Recepción de original: 24.07.2018. Aceptación: 30.07.2018

ÍNDICE

1. Introducción: la naturaleza jurídica y funcional del derecho de reunión
2. Delimitación del derecho de reunión protegido en su dimensión jurídico laboral
3. Elementos delimitadores y limitadores del ejercicio del derecho de reunión
   3.1. Marco general de restricciones del derecho y condiciones de ejercicio
   3.2. Restricciones previstas legalmente: sometimiento al principio de legalidad
      3.2.1. Desde el planteamiento del TEDH: la necesaria cobertura legal de las restricciones
      3.2.2. Desde el planteamiento jurídico español: la acogida legal de supuestas o posibles restricciones
   3.3. La restricción del derecho de reunión por la preservación de la democracia y el orden público
      3.3.1. El planteamiento del TEDH del carácter necesario y democrático de la restricción
      3.3.2. La centralidad en el planteamiento judicial español de la afectación al orden público
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN: LA NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIONAL DEL DERECHO DE REUNIÓN

Se ha dicho acertadamente que el listado constitucional de derechos y libertades públicas hubiera quedado desequilibrado e incompleto sin la mención del derecho de reunión en el art.21 de la CE, en tanto que uno de los instrumentos mas útiles para hacer real la existencia de una sociedad pluralista y democrática[1]. Un derecho que aun ostentando una notoria relevancia jurídica desde su contemplación aislada, encuentra su verdadera dimensión en virtud de una indiscutible naturaleza funcional. Es un derecho que autónomo en su reconocimiento y protección jurídica no lo es sin embargo en cuanto a su ejercicio al estar conectado ineludiblemente a la efectividad de otros derechos, apareciendo pues como su vehículo de expresión o manifestación. Desde esta consideración, el ejercicio del derecho de reunión no tiene una finalidad en sí mismo sino que queda instrumentalizado al ejercicio de otros derechos. Los sujetos se reúnen por un motivo, con una finalidad que suele estar asociada a la satisfacción de otro derecho, poder, facultad o mero interés, ya sea de titularidad individual o colectiva.

[1] Cfr. Torres Muro, I. *El derecho de reunión y manifestación*, Servicio Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense / Cívitas, Madrid, 1991, pág.21.

Esta conexión funcional en relación con los derechos de expresión y asociación ha sido resaltada muy particularmente y desde antiguo por el Tribunal Constitucional español, entendiendo que si bien el derecho de reunión surge como derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y asociación, mantiene una estrecha conexión con ellos, hasta el punto de que el derecho de reunión no es sino una "manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria (….) que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo" [2].

Igual naturaleza funcional que se destaca desde su propio reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), insertando el derecho de reunión en el mismo precepto en que se acoge el derecho de asociación (art.11), e inmediatamente posterior al que dedica al derecho de libre expresión (art.10). De hecho, el art.11 del Convenio, bajo el título integrado de "libertad de reunión y de asociación", se abre con la mención también conjunta a que "toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación". Es así cómo el CEDH refuerza claramente la faceta instrumental del derecho de reunión, situándolo también en una posición intermedia como recurso para expresar públicamente reivindicaciones e ideas y para canalizar el derecho de los individuos de agruparse bajo fórmulas asociativas o específicamente sindicales. Contemplación jurídica que asimismo se traslada al plano interpretativo, confirmándose por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), desde muy tempranos pronunciamientos, la instrumentalidad del derecho de reunión al decir que "la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión"[3], debiendo garantizarse el derecho a la libre expresión de opiniones por palabra, gesto o incluso silencio por parte de las personas reunidas o manifestantes en la calle u otros lugares públicos[4]. De ahí las numerosas ocasiones en las que el TEDH ha entrado a determinar la relación entre los derechos de expresión y reunión ante supuestos de invocación conjunta en los que la prohibición de una reunión o manifestación por las autoridades competentes ha tenido como objetivo y/o efecto coartar o suprimir la

[2] Cfr. STC 85/1988, de 28 de abril, seguida entre otras por las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 42/2000, de 14 de febrero; 284/2005, de 7 de noviembre; 90/2006, de 27 de marzo; y 170/2008, de 15 de diciembre, precisando ésta última que el derecho de reunión "coadyuva a la formación y existencia de una institución política, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político, de tal forma que se convierte en una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático…".

[3] Caso *Partido Comunista unificado de Turquía y otros v. Turquía*, núm. 19392/1992, §45, de 30 de enero de 1998. Seguida por el caso *Rekvényi v. Hungría*, núm. 25390/1994, de 20 de mayo de 1999.

[4] Casos *Barraco v. Francia,* núm. 31684/05, §27, de 5 de marzo de 2009; *Fáber v. Hungría,* núm. 40721/08, §41, de 24 de julio de 2012; *Taranenko v. Rusia*, núm. 19554/05, §65, de 15 de mayo de 2014; y *Frumkin v. Rusia*, núm. 74568/12, §95, de 5 de enero de 2016.

libre expresión. Sin embargo, cuando así sucede, no siempre el TEDH responde con el mismo criterio, examinando el asunto, en atención a las circunstancias concurrentes, bien desde la perspectiva del derecho de reunión (considerando el art.11 como *lex specialis* en relación a la *lex generalis* del art.10) o bien desde la libertad de expresión (cediendo el art.11 ante la *vis atractiva* del art.10)[5].

Esta particular naturaleza jurídica del derecho de reunión, con sus conexiones funcionales con otros derechos de eminente relevancia jurídica, ha derivado en una particular atención legislativa a la hora de conformar los adecuados márgenes de reconocimiento y protección del derecho de reunión, pero también y fundamentalmente de su operatividad, por cuanto no solo facilita el ejercicio de ciertos derechos sino que también puede impedir u obstaculizar el de otros que son asimismo objeto de protección jurídica. Esta propiedad del derecho de reunión de situarse funcionalmente en escenarios de coincidencia con otra serie de libertades y derechos protegibles, para unos con un perfil de instrumentalidad y para otros de afectación, hace de él un derecho de particular complejidad, presentando variadas aristas constitucionales y derivaciones en diversos ámbitos de análisis socio-jurídico.

De la multiplicidad de observatorios desde los que cabe abordar el análisis del derecho de reunión, aquel donde actúa el orden jurídico-laboral muestra su idoneidad para constatar la proyección que sobre tal particular escenario podría o debería desarrollar el art.11 del CEDH con la luz interpretativa del TEDH. De hecho, tal conexión analítica apenas ha sido afrontada desde la disciplina laboralista, mas allá de los recursos integradores a la doctrina constitucionalista y/o de derecho internacional, y posiblemente se deba a la asunción de las particularidades que ofrece el derecho de reunión de los trabajadores ejercitado por lo general en un entorno privado (lugar de trabajo) con fines muy específicos y canalizando derechos como el de la libertad sindical. Particularidades que justifican un régimen jurídico diferenciador (presente en el ET y en la LOLS) y asumiéndose consiguientemente, como una realidad indiscutida e indiscutible, que se está ante un ámbito de operatividad del derecho de reunión que se sitúa al margen del contemplado y ordenado por la normativa general aplicable en desarrollo del art.21 de la CE: la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (en adelante, LO 9/83).

Tal autonomía normativa se complementa, en una particular relación de causa y efecto, con esa señalada autonomía colectiva que impregna el ejercicio de derechos y libertades en el entorno general de las relaciones laborales, y que posiblemente esté detrás de la escasa conflictividad existente en relación al ejercicio

[5] Sobre esta cuestión, Bilbao Ubillo, J.Mª, "Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art.11 CEDH)", en AA.VV. (Coord. J. García Roca y P. Santolaya) *La Europa de los Derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2005, págs. 566-567, con cita de casos del TEDH que muestran una y otra orientación resolutiva.

del derecho de reunión cuando éste se presenta bajo perfil laboral, esto es, en atención a sus titulares (trabajadores), fines (de interés sociolaboral) y medios de exteriorización (asambleas, concentraciones y manifestaciones). De hecho, no existe una excesiva conflictividad, constatable en sede judicial, en torno al ejercicio del derecho de reunión por parte de los trabajadores, ya sea dentro o fuera de la empresa, aunque lógicamente allí donde ha entrado a resolver un tribunal nacional se recurre a distintos parámetros interpretativos en cuanto a condiciones y límites de ejercicio dependiendo de si el derecho de reunión en cuestión se ha desarrollado dentro o fuera de la empresa y en consecuencia con un régimen jurídico aplicable bien diferenciado. No obstante, al momento de enjuiciar conductas desarrolladas durante el ejercicio del derecho de reunión fuera de entornos privados, entrando pues dentro del campo de aplicación de la normativa general, ha resultado indiferente si los organizadores y/o participantes de la reunión o manifestación en particular son trabajadores o sus entidades representativas con fines de defensa y reivindicación de sus derechos e intereses sociolaborales, aplicando pues las mismas reglas interpretativas y resolutivas derivadas del art.21 CE y de su normativa de desarrollo, y sin incorporar elementos referenciales que pudieran traslucir o reflejarse en una reunión/manifestación de perfil laboral, tales como los derivados del ejercicio de otros derechos fundamentales como el de huelga o el de libertad sindical.

Conforme a estas consideraciones, se trata pues de analizar si la protección que se dispensa desde el ordenamiento jurídico español al derecho de reunión que se ejerce bajo perfiles laborales sigue similares dictados que la resultante de igual derecho desde el Convenio y el TEDH. Y para ello, en primer lugar es preciso delimitar ese particular ejercicio de derecho de reunión que se sitúa en análisis paralelo en ambos ámbitos español y europeo, para posteriormente, y en segundo lugar, destacar en detalle las notas de delimitación y limitación de su ejercicio que se presentan en uno y otro, y con el fin último de identificar los elementos de coincidencia, divergencia y en su caso necesaria convergencia.

Con carácter previo debe considerarse dos breves apuntes. Uno primero cualitativo, en tanto que los casos de supuesta transgresión del derecho / libertad de reunión que son conocidos y resueltos por el TEDH se han residenciado por lo general en países que han presentado algunos déficits garantistas en sede de reconocimiento y protección de derechos humanos, de ahí que en ocasiones los supuestos que llegan al TEDH se desarrollan en iguales o similares circunstancias, razón por lo demás que apoya la jurisprudencia reiterada y consolidada del Tribunal en el abordaje jurídico protector de derecho de reunión contemplado en el art.11 del CEDH.

Y el segundo, de orden cuantitativo, por cuanto en los últimos años se sigue asistiendo con cierta preocupación a una importante presencia ante el TEDH de supuestos conflictivos en torno al derecho de reunión y con origen mayoritaria-

mente en países de Europa del Este, en los que se reitera un elevado número de supuestas transgresiones del derecho expresadas en habituales medidas de prohibición de manifestaciones, frecuente recurso a fuerzas policiales para disolución y detención de manifestantes, y encausamiento criminal de organizadores y/o participantes, denotando pues un particular o extralimitado celo en la protección del orden público[6]. Lógicamente, las circunstancias políticas, económicas y sociales que están en la base de tales violaciones al derecho de reunión y que se analizan en el TEDH, no son las mismas que están presentes en el escenario español y difícilmente son reproducibles en éste restricciones al derecho de reunión del mismo tenor, pero la doctrina judicial del TEDH a resultas del enjuiciamiento de todos estos casos sin duda se erige como un importante marcador de la contemplación jurídica y los condicionamientos jurídicos de un derecho de reunión que resultan debidos en un Estado social y democrático de derecho.

2. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE REUNIÓN PROTEGIDO EN SU DIMENSIÓN JURÍDICO-LABORAL

La amplitud con la que está recogido el derecho de reunión en el art.11 del CEDH conforma una apropiada plataforma analítica desde la que contemplar tal derecho a través de los variados perfiles con los puede manifestarse y concretarse. De hecho, el Convenio elude cualquier opción definidora del derecho, y el TEDH sigue igual proceder, manteniendo la preferencia por un no concepto para evitar que pueda cercenarse su ámbito de aplicación e interpretarse restrictivamente. Las únicas declaraciones de cierto perfil definidor que pueden encontrarse entre las resoluciones del TEDH refieren al ámbito de aplicación del art.11 y con ello indirectamente a la cobertura conceptual del derecho protegido. En tal sentido se ha señalado que éste abarca tanto reuniones privadas como públicas, así como reuniones estáticas o manifestaciones en lugares públicos[7], de modo que serán las correspondientes legislaciones nacionales las que dispongan la delimitación conceptual del derecho de reunión, y en su caso complementándola con definiciones de concretas modalidades de ejercicio de tal derecho. Y corresponderá al TEDH la tarea de someter tales legislaciones al test de su acomodo a los principios de protección y pautas de restricción admisibles derivados del propio art.11 del Convenio, pero en principio ni éste ni el Tribunal discriminan el derecho de reunión en atención a sus posibles perfiles de expresión, aplicando igual rasero jurídico e interpretativo cualesquiera que sean los elementos de identificación morfológica con los que se presente el derecho de reunión; factores que sin duda encuentran su particular raíz en una determinada ordenación jurídica nacional.

[6] Vid. particularmente, en este sentido, el caso *Frumkin v. Rusia,* ya citado; y el caso *Schwabe y M.V. v. Alemania,* núms. 8080/08 y 8577/08, de 1 de diciembre de 2011

[7] Caso *Djavit An v. Turquía*, núm. 20652/92, §56, de 20 de febrero de 2003.

Trasladando pues la cuestión al sistema jurídico español, se observa cómo el art.21 de la CE parte de igual técnica que el CEDH y elude ofrecer una definición si quiera genérica del derecho de reunión reconocido. Su normativa de desarrollo, la LO 9/1983, ordena un derecho de reunión que la delimita materialmente, a los efectos de dicha ordenación, como "la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada". Una delimitación que al margen de su parcialidad, en atención a los supuestos de reuniones que no se someten a la ley y tampoco en consecuencia a tal identificación, también adolece de falta de concreción en elementos tan esenciales como la temporalidad o la finalidad de la reunión, en tanto que podrían marcar los márgenes de la reunión incluida o excluida del campo de aplicación de la ley. En consecuencia, no es una delimitación que permita dar una imagen general del derecho protegible en su derivación constitucional.

Recurriendo a la doctrina constitucionalista española no han faltado ofertas conceptuales de variado tenor, ya generales ya detalladas, aun cuando mostrando una clara unanimidad en considerar al derecho de reunión como una libertad individual pero con una proyección social que requiere para su ejercicio de la concurrencia de otras libertades individuales[8]. No de otra forma podría entenderse el derecho de reunión en tanto que no cabe su ejercicio de manera individual. Esta naturaleza jurídica de derecho individual en cuanto a sus titulares pero de ejercicio colectivo (compartida con otros derechos fundamentales como es la huelga, y sin duda alguna reconocida así por el propio CEDH en interpretación del TEDH) respalda pues un derecho de reunión que aparece como cauce de expresión de un principio democrático participativo.

A su vez ha sido la jurisprudencia del TC la que ha proporcionado los mayores datos de configuración de este derecho a través de los siguientes elementos: el subjetivo, como agrupación de personas; el temporal, en cuanto a su duración transitoria; el real u objetivo, referido al lugar de celebración; y el finalístico, relativo a la consecución de un fin lícito[9]. Estas notas de identificación intrínseca del derecho de reunión, aun concurriendo como es lógico en todas las manifestaciones o variantes en las que se expresa, pueden aparecer no obstante con rasgos reforzados en alguna de ellas en virtud de su propia especificidad o peculiaridad, como es lo que sucede particularmente en el derecho de reunión que se ejerce

[8] Entre otros, Torres Muro, I. *El derecho de reunión y manifestación*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense / Cívitas, Madrid, 1991, págs. 19 ss. (recogiendo a su vez amplias referencias doctrinales sobre delimitación conceptual del derecho); López González, J.L., *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justica e Interior, Madrid 1995, págs. 97 y ss. (igualmente con variadas citas doctrinales sobre concepto y caracteres del derecho de reunión); Flaquer Montequi, R., "Los derechos de asociación, reunión y manifestación", en AA.VV. *Derechos y Constitución*, Marcial Pons, Madrid 1999, pág.155.

[9] SSTC 85/1988, de 28 de abril; 66/1995, de8 de mayo; 196/2002, de 28 de octubre; 301/2006, de 23 de octubre; 170/2008, 15 de diciembre; 37/2009, de 9 de febrero; y 193/2011, de 12 de diciembre.

dentro del ámbito de las relaciones laborales, tal y como de manera muy puntual y somera cabe destacar[10].

Desde el elemento subjetivo, las reuniones de perfil laboral se caracterizan básicamente por un claro factor organizativo que refuerza la nota esencial de una reunión como concurrencia concertada donde existe cierto grado de vinculación subjetiva entre los participantes[11]. Sin duda, una previa y mínima organización aparece como la nota diferenciadora del derecho de reunión respecto de otras figuras afines, como es la mera aglomeración en la que prima la espontaneidad en su conformidad. Pero tal organización, que se hace patente en reuniones o manifestaciones de trabajadores desarrolladas en lugares públicos y convocadas generalmente por organizaciones sindicales, se evidencia aún más cuando la reunión de trabajadores tiene lugar en espacios cerrados, ejercitando el derecho de asamblea como modalidad particular del derecho de reunión, y donde la organización se garantiza con los requisitos y condiciones de orden subjetivo, formal y material exigidos por el ET para la celebración de la asamblea (arts.77 a 80). De hecho, si desde la LO 9/83 resulta indiferente la identificación de quien o quienes convocan y organizan la reunión en lugares públicos, siempre que se cumplan mínimos requerimientos de legalidad, desde la normativa laboral se refuerza claramente el elemento organizativo individualizando aquellos sujetos, y no otros, que pueden llevar a cabo los aspectos colectivos inherentes al ejercicio del derecho de reunión / asamblea. Prueba de ello es también la constancia formal de esa estructura organizativa requerida en el ejercicio del derecho de reunión: mientras que tal estructura se presume existente al momento de dar cumplimiento al requisito de comunicación previa a la autoridad competente tratándose de reuniones de trabajadores en espacios públicos, cuando el derecho de reunión se ejerce en lugares de trabajo cerrados el elemento organizativo debe acreditarse y constar fehacientemente al momento de la comunicación al empresario de la convocatoria de la asamblea.

Asimismo, también el elemento finalístico sale reforzado en las reuniones de perfil laboral. Frente a la indiferencia de la LO 9/83 sobre los fines del derecho, derivación lógica de la misma distancia que constitucionalmente se mantiene entre el ejercicio del derecho y su finalidad, siempre que la reunión tenga un fin lícito[12], el ET marca de forma implícita la importancia de un determinado fin para la admisibilidad

[10] Para un análisis más detallado y profuso de la conexión entre el derecho fundamental de reunión y los derechos de reunión reconocidos en la normativa laboral, me remito a la obra de referencia en la materia: Limón Luque, M.A., *Derecho de reunión y relaciones laborales. El derecho de asamblea en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid 1995, págs.74 ss.

[11] Al respecto, el TC tiene afirmado que "en cuanto al elemento subjetivo, la agrupación de personas en el derecho de reunión viene caracterizada por la nota esencial de ser una concurrencia concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con los restantes que participan en la misma". Cfr. STC 85/1988, de 28 de abril.

[12] Asimismo, la citada STC 85/1985, de 28 de abril, declaraba que la finalidad que tenga la reunión "no es más que un elemento externo al puro contenido del derecho, cuya función se reduce a legitimar el ejercicio de éste en atención a su licitud".

de una asamblea en un espacio empresarial cerrado (requiriendo el art.79 la constancia del orden del día en la comunicación), sin olvidar que también desde la LOLS queda sobreentendida la finalidad sindical en las reuniones de los trabajadores afiliados.

Igualmente el elemento temporal se robustece en las asambleas que se celebran en lugares de trabajo, frente a las reuniones incluso desarrolladas por los mismos sujetos pero en espacios públicos, por cuanto en aquellas se someten a ciertas reglas de temporalidad apuntadas en el ET (fuera de horas de trabajo, cadencia de dos meses entre asamblea y asamblea con carácter general, etc.). Condicionamientos temporales que no juegan legalmente ni para las reuniones sindicales en lugares de trabajo (conforme a la LOLS) ni para el ejercicio del derecho de reunión en espacios públicos (según LO 9/83), más allá del propio factor temporal que acompaña de forma innata a aquél.

Y por último, es en definitiva el elemento locativo el que actúa de diferenciador marcando las peculiaridades de la asamblea frente al más general derecho de reunión, aun ejercido por los mismos sujetos (trabajadores), y en consecuencia sometiendo a la asamblea a un régimen jurídico diferenciado (el ET) del que ordena el derecho de reunión. La LO 9/83 excluye de su ámbito de aplicación las reuniones celebradas en espacios cerrados considerando el ámbito personal y privado en el que aquellas se manifiestan, pero donde tampoco se residencian las que tienen lugar en espacios cerrados que son propiedad de la empresa respecto de los cuales los trabajadores no tienen más derecho de uso y disposición que el concedido por el empresario y por unas normas (ET o LOLS) que imponen, aun sobre el derecho de éste último, aquel otro derecho de los trabajadores a reunirse en el lugar de trabajo, siempre y cuando se cumplan esos condicionantes subjetivos y finalistas indicados en el ET o en la LOLS.

La remisión de una a otras normas se opera pues desde la exclusión efectuada por la primera de aquellas reuniones celebradas, entre otras entidades, por sindicatos "en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas" (art.2 LO 9/1983), y la correlativa acogida por la normativa laboral de estas otras reuniones de perfil laboral y sindical, tanto por sus sujetos organizadores y participantes como por su finalidad específica (ET y LOLS).

Así pues, desde el planteamiento normativo, las reuniones de titularidad y ejercicio por los trabajadores celebradas en lugares cerrados de propiedad empresarial, no se someten a las reglas de identificación y ejercicio del derecho de reunión que se mencionan en la LO 9/1983 (por ejemplo, que es reunión la concurrencia de más de 20 personas), ni tampoco a los condicionamientos derivados directamente del art.21 CE en su interpretación constitucional. Reglas normativas y pautas interpretativas que, en lectura inversa, sí se impondrían no solo a las reuniones celebradas y/o convocadas por sindicatos, para sus propios fines, pero efectuadas en lugares no cerrados y con alcance no limitado en cuanto a

participantes, sino también en general a aquellas reuniones cuyos organizadores, promotores o participantes mayoritarios sean trabajadores con fines igualmente de defensa o reivindicación de sus derechos e intereses sociolaborales, y que se desarrollen igualmente en espacios no cerrados.

Mas aun, las reuniones con estos rasgos de identificación que más problemas de protección y confrontación pueden originar son aquellas que se expresan en la modalidad de manifestación, esto es, las que dejando de lado su aspecto estático (propio de actos de concentración como modalidad también del derecho de reunión) se caracterizan por la nota de su movilidad ocupando espacios públicos abiertos. Su complejidad deriva, como es patente, de la necesidad de hacer compatible el derecho de reunión de un grupo de personas, usando espacios de titularidad pública, con el derecho de movilidad del resto de ciudadanos[13].

Y en este escenario "público" de reuniones/manifestaciones de perfil laboral así identificadas por quienes son sus organizadores, participantes y sus fines específicos, es donde ha de incluirse el análisis particularizado de la afectación o influencia que sobre el ordenamiento jurídico español, y en particular sobre la resoluciones judiciales, pueda estar desarrollando en su caso la doctrina de TEDH recaída en torno al derecho de reunión contemplado en el art.11 del CEDH, centrando dicho análisis en la identificación de espacios interpretativos comunes o por el contrario distantes en la conformación jurídica del derecho de reunión protegido en su dimensión específicamente laboral. A tal fin, coincidiendo en la relevancia del derecho de reunión y en la máxima protección dispensada, tanto por el sistema jurídico español, en virtud de su rango constitucional, como por el CEDH y el TEDH, por su expresión como derecho humano, el foco de atención de un análisis referencial entre uno y otro ámbito jurídico debe situarse en los elementos y factores que rodean el ejercicio del derecho de reunión y que terminan formando parte de su ámbito protegido y garantizado.

3. ELEMENTOS DELIMITADORES Y LIMITADORES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE REUNIÓN

3.1. Marco general de restricciones del derecho y condiciones de ejercicio

El derecho de reunión, tanto desde su contemplación jurídica española como desde el CEDH, se somete a una inicial y más que básica condición de admisibi-

[13] El elemento de movilidad presente en el derecho de manifestación, como vertiente del derecho de reunión, "resulta determinante pues, de un lado, parece implicar una menor intensidad en la ocupación de las vías publicas –el carácter intrínsecamente dinámico de la manifestación impide, en principio, una ocupación exclusiva y excluyente del espacio público más allá del tiempo necesario para recorrer todo el itinerario marcado– pero, por otro, incide directamente en el derecho de circulación de otros ciudadanos, pudiendo ocasionar interrupciones o paralizaciones del tráfico rodado". Cfr. STC 193/2011, de 12 de diciembre.

lidad: el carácter pacífico (art.11 CEDH) y no armado (añadiendo el art.21 CE) de la reunión entendida como general agrupación de personas. Un carácter que se requiere presente no solo desde su inicial programación u organización incluyendo su fin perseguido, sino también durante el curso y desarrollo de la misma. En suma, en todas las fases de ejercicio del derecho mismo.

Si bien el calificativo de pacífica se predica de cualquier modalidad en que se exprese el derecho de reunión, ya sea en espacios privados o en públicos, ya sea en modo estático o en movilidad (manifestación), lo cierto es que resulta más exigible cuanto más riesgo se corre de perder ese nota y paralelamente de poner en peligro los derechos o intereses de terceros. Probabilidad de riesgo que sin duda acaece en concentraciones o manifestaciones de cierta entidad numérica de participantes, que tienen lugar en espacios públicos, especialmente en los de mayor afluencia ciudadana, y con la influencia añadida que puede tener la finalidad o el objetivo buscado por los organizadores de la reunión/manifestación pública. No ha sido pues por causalidad que el TEDH se ha enfrentado en cierto número de ocasiones al enjuiciamiento de eventuales restricciones sobre el derecho de reunión supuestamente justificadas en actuaciones violentas llevadas a cabo durante su ejercicio, debiendo marcar el tribunal la frontera de lo que resulta o no protegible por el art.11 del Convenio en función de lo que se considere o no como ruptura del carácter pacífico de la reunión.

Al respecto, el TEDH ha afirmado con rotundidad que "las garantías del art.11 no se aplican a las reuniones o manifestaciones donde los organizadores o los participantes tienen intenciones violentas[14], incitan a la violencia o niegan los cimientos de la sociedad democrática", de modo que en casos de participación de manifestantes en actos de violencia, "las injerencias en el derecho de reunión están, en principio, justificadas para la prevención del desorden o el delito y para la protección de los derechos y libertades de los demás"[15] . Sin embargo, esta exclusión del ámbito de garantía del art.11 también se interpreta restrictivamente desde la jurisprudencia del propio TEDH con el objetivo de preservar el ejercicio del derecho reconocido, entendiendo por ejemplo que aun con una alta probabilidad de actos violentos en el curso de una manifestación, y que además escaparían al control de quienes lo organizan, ello no justificaría que se calificara como no pacífica, de modo que las medidas restrictivas que se adoptaran en tales casos

[14] Teniendo en cuenta que, de conformidad con criterios del TEDH, la carga de la prueba sobre las intenciones violentas de los organizadores de una manifestación recae sobre las autoridades nacionales. Cfr. *Christian Democratic People's Party v. Moldavia* núm. 25196/04, §23, de 2 de febrero de 2010.

[15] Casos *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, núms. 29221/95 y 29225/95, §77, de 2 de octubre de 2001; *The United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov v. Bulgaria*, núm. 44079/98, § 99, de 20 de octubre de 2005; *Sergey Kuznetsov v. Rusia*, núm. 10877/04, §45, de 23 de octubre de 2008; *Alekseyev v. Rusia*, núms. 4916/07, 25924/08 y 14599/09, §80, de 21 de octubre de 2010; *Fáber v. Hungría*, ya citado, §41; *Gün y Otros v. Turquía*, núm. 8029/07, §70, de 18 de septiembre de 2013.

por las autoridades competentes habrían de someterse a su conformidad bajo los parámetros interpretativos del propio art.11 del Convenio[16] . Asimismo, y en la medida en que el derecho de reunión es de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, el TEDH ha declarado como protegible el derecho de reunión ejercitado por el individuo que participa de forma pacífica en una reunión a pesar de actos de violencia cometidos por otros participantes[17].

Unas pautas interpretativas éstas que podrían perfectamente acogerse a la hora de resolver determinadas conductas surgidas también con motivo o ocasión de reuniones ya sean espontaneas u organizadas, desarrolladas en espacios públicos, por lo general cercanos a los lugares de trabajo, y que tienen lugar como parte de las acciones que se ejercitan durante una huelga o en el curso de modalidades diferentes de expresión de un conflicto laboral. Y ello a pesar de que entre nosotros determinadas actuaciones limitativas o restrictivas de las autoridades competentes hacia las concentraciones o agrupaciones de trabajadores bajo la forma de piquetes informativos, se enjuician conforme a parámetros referenciales bien distintos, esto es, desde la protección del derecho de huelga en confrontación con otros derechos e intereses protegibles, pero sin incorporar el propio derecho de reunión como elemento a considerar en la interpretación y resolución de tales supuestos conflictivos[18].

Fuera de los espacios públicos, la ruptura del carácter pacífico de una reunión desarrollada bajo la modalidad de asamblea en lugares de trabajo, conlleva la imposibilidad de que se celebre otra hasta la reparación de los daños ocasionados por las alteraciones ocurridas en la reunión (art.78.1 ET) al margen de la eventual exigencia de responsabilidad a organizadores y/o participantes de reuniones violentas, incluyendo acciones disciplinarias. Tratándose de reuniones celebradas por trabajadores afiliados a un sindicato en el lugar de trabajo, a pesar de la ausencia en la LOLS (art.8) de referencias similares a las dispuestas en el ET, no cabe duda de que el derecho de libertad sindical no ampara actuaciones o compartimientos violentos contra las personas o bienes que pudieran producirse en el curso de aquellas reuniones de perfil sindical, de donde también en paralelo la empresa podría negarse a que se celebraran nuevamente reuniones hasta la asunción de responsabilidad y total reparación de daños causados.

Por lo demás, sobre esta base común de la naturaleza pacífica de una reunión en sus variantes de asamblea, concentración o manifestación, tanto desde la pro-

[16] Caso *Schwabe y M.G. v. Alemania*, ya citado, §§104 y 105, analizando la medidas de detención de dos participantes en una manifestación contra la reunión del G8 en Alemania, cuando portaban pancartas con las inscripciones "Freedom for all prisioners" y "Free all now". El TEDH afirmó que "el hecho de que la policía esperara actos violentos por parte de grupos extremistas, no derivaba en que esas manifestaciones pacíficas perdieran la protección del art.11, y tampoco se demostró por las autoridades que los denunciantes tenían la deliberada intención de incitar a otros a la violencia".

[17] Caso *Ziliberberg v. Moldavia*, núm. 61821/00, de 4 de mayo de 2004; Caso *Primov y Otros v. Rusia*, núm. 17391/06, §155, de 12 de junio de 2014.

[18] La STC 69/2016, de 14 de abril, tras referenciar doctrina anterior al respecto, es buen ejemplo de esta línea interpretativa.

yección española como desde la europea se admite la posibilidad de someter tal derecho a una serie de condicionamientos que pueden restringir su ejercicio, aun cuando diverge el escenario de actuación del derecho donde dichas restricciones podrían operar.

En efecto, desde la orilla española, el art. 21.2 CE acoge el condicionamiento de una comunicación previa a la autoridad competente y la posibilidad de prohibir reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones; previsión acogida y ordenada a su vez en los arts. 8 a 11 de la LO 9/83. Se identifican así pues unas concretas modalidades de ejercicio del derecho para someterlas a condiciones limitativas o impeditivas, a diferencia de lo que acontece desde la orilla europea donde el CEDH prevé también la posibilidad de someter el derecho de reunión a restricciones pero sin antes haberlo asociado a elemento delimitador alguno, es decir, para el Convenio es el derecho en general el que puede quedar sometido a restricción, sin importar elementos funcionales, personales o locativos que puedan calificarlo.

En este punto, el CEDH amplia el posible campo de intervención con efectos restrictivos sobre el derecho de reunión, respecto del que se delimita conforme al orden constitucional español. Obviamente tal circunstancia no arrastra como efecto derivado una habilitación a que entre nosotros todo derecho de reunión, cualquiera que sea la forma o modalidad en que se manifieste, se someta a condiciones que puedan llegar a tener un alcance restrictivo en su ejercicio. Sin embargo, dada la general proyección con la que se contemplan las posibles restricciones del derecho de reunión desde el CEDH, debe coincidirse en que la doctrina emanada por el TEDH en interpretación de aquellas, debe inspirar el completo tratamiento que desde el sistema jurídico español se dispensa al derecho de reunión, ya sea en relación a las condiciones impuestas a su ejercicio en espacios públicos por derivación de la LO 9/83, como respecto de aquellas que directa o indirectamente, y en virtud de normativa específica, se asocien a otras variantes o modalidades de expresión del derecho de reunión, entre las que sin duda se sitúan las ejercitadas bajo el ámbito de ordenación del ET y de la LOLS, e incluso del RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, tratándose de agrupaciones de trabajadores en escenarios de huelga.

Con esta premisa, resulta pues necesario identificar esas posibles circunstancias mencionadas en el CEDH que pueden restringir un derecho de reunión, sean cuales sean los elementos que lo identifiquen, en interpretación efectuada por el TEDH, habida cuenta de su obligada proyección entre los Estados ratificantes, y en evitación de que cada ordenamiento jurídico nacional presente un cuadro de diversas tonalidades en cuanto a condicionamientos o requerimientos impuestos al derecho de reunión. El punto de partida desde el planteamiento europeo es que todas las posibles restricciones del mismo deben también responder a pautas de común entendimiento y aceptación. Tal es la línea ideológica y funcional que se

sitúa tras la mención expresa a las circunstancias limitativas del derecho de reunión (y por igual al de asociación) que resultan aceptables de conformidad con el art.11.2 CEDH: *No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos que no sean los prescritos por la ley y sean necesarios en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, para la prevención del desorden o el delito, para la protección de salud o moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás.*

Un listado cerrado pero de aparente expresión amplia de posibles causas que actúan a modo de fines legítimos de una restricción del derecho de reunión[19], y que sin embargo cabe reconducir a dos condiciones de general enunciado y de presencia simultanea o conjunta: sometimiento al principio de legalidad y debido respeto a otros intereses protegibles en una sociedad democrática. Claro está que para cumplir su misión el art.11.2 del Convenio requiere apoyarse en la delimitación concreta tanto de los términos legales que acojan posibles circunstancias limitativas del derecho de reunión, como de aquellos intereses cuya preservación se imponga por encima del ejercicio del derecho de reunión. A tal efecto, sus posibles restricciones, a pesar de su eventual cobertura por tales condicionamientos, se someten a una obligada contemplación restrictiva tanto para los Estados ratificantes del Convenio como para la labor interpretativa y resolutoria del propio TEDH. En tal sentido, éste último parte de la premisa de que el derecho de reunión, en la medida en que constituye uno de los pilares de la sociedad democrática, se somete a un número de excepciones que han de ser estrechamente interpretadas, debiendo ser convincente la necesidad de una limitación a tal derecho[20].

Sobre esta base, se respeta el no ilimitado pero sí cierto margen de apreciación de los Estados ratificantes del CEDH en acoger las restricciones a los derechos y libertades garantizados por aquél[21]. Ahora bien, paralelamente y de forma complementaria, se asume el papel del TEDH de controlar y resolver esa compatibilidad entre la necesaria garantía de ejercicio del derecho y la admisibilidad de restricciones al mismo, en atención a las circunstancias de cada caso, de modo que a la luz de éstas se ha de constatar si las medidas restrictivas del derecho de reunión adoptadas por las autoridades nacionales perseguían un objetivo legítimo, respondían a una necesidad social, resultaban proporcionales a dicho objetivo y si en definitiva los motivos aducidos para justificar tales medidas eran pertinentes y suficientes[22].

[19] Asimismo, Bilbao Ubillos, J.Mª, "Las libertades de reunión y asociación…", op.cit., pág. 571, con cita comentada del caso *Sudiropoulos y otros. v. Grec*ia, núm. 26695/9 , § 40 de 10 de julio de 1998, donde el TEDH reitera la consideración de que se trata de un listado cerrado de excepciones que debe interpretarse de manera estricta.

[20] Caso *Frumkin v. Rusia*, ya citado, §93.

[21] Caso *Barraco v. Francia*, ya citado, §42.

[22] Entre otros, casos *Coster v. Reino Unido* núm. 24876/94, §104, de 18 de enero de 2001; *Ashughyan v. Armenia*, núm. 33268/93, §89, de 17 de julio de 2008; *Kasparov y otros v. Rusia*, núm. 21613/07, §86, de 3 de octubre de 2013; *Frumkin v. Rusia*, citado, §94.

En concreto, el TEDH somete las restricciones o injerencias del derecho de reunión a un triple test: en primer lugar, si están prescritas por ley; en segundo lugar, si la previsión legal que las acoge persigue un legítimo objetivo tal como está definido en el art.11.2 del CEDH; y en tercer lugar, si resultan necesarias en una sociedad democrática. A la vista de este particular tratamiento interpretativo y resolutivo del TEDH en relación al ejercicio del derecho de reunión y a sus posibles y admisibles restricciones, es necesario proceder a dos tipos de operaciones analíticas. En primer lugar, destacar si tal contemplación desde el TEDH se acomoda o diverge de la interpretación y aplicación judicial que en España recibe el derecho de reunión. Y en segundo lugar, entrar en el mayor detalle de operatividad de esas expresiones generales del art.11 del Convenio que actúan como fines legítimos justificantes de posibles restricciones al derecho de reunión, en supuesto paralelismo a la actuación, con igual naturaleza y finalidad, del orden público en el sistema jurídico español.

3.2. Restricciones previstas legalmente: sometimiento al principio de legalidad

3.2.1. Desde el planteamiento del TEDH: la necesaria cobertura legal de las restricciones

Ante un caso de denunciada interferencia o injerencia contra el ejercicio del derecho de reunión, el primer elemento a enjuiciar por el TEDH es si tal interferencia es o no legal, reforzando así la necesaria cobertura por ley de aquellas medidas que pudieran tener un alcance limitativo o impeditivo de tal derecho, y en evitación de decisiones adoptadas por autoridades competentes que no cuenten con una norma de derecho interno que le proporcione un apoyo legal, contemplado pues éste desde su perspectiva más material que formal[23].

En este punto, como no podría ser de otro modo, se parte de un amplio margen de apreciación por los Estados contratantes en la fijación de los condicionamientos legales que someten el derecho de reunión y en suma restringen su libre ejercicio, pero con la clara advertencia expresada por el TEDH de que tales restricciones previstas por la ley han de perseguir uno o varios de los fines legítimos mencionados en el apartado 2 del art.11 CEDH[24]. De hecho, esta particular sede se muestra bastante reacia a una reglamentación de gran alcance sobre el derecho

[23] Por lo demás, y desde iniciales pronunciamientos, el TEDH ha reiterado que la expresión "prevista por la ley" recogida en el art.11 del Convenio, no solo requiere que la medida restrictiva tenga un fundamento en la legislación interna nacional, sino también alude a la calidad de la ley en cuestión, de modo que debe ser accesible a sus destinatarios y estar formulada con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuae su conducta y prever, de una manera razonable, las consecuencias de un acto determinado. Cfr. Caso *The Sunday Times v. Reino Unido*, núm. 6538/1974, §49, de 26 abril de 1979.

[24] Caso *Djavit An v. Turquía*, ya citado, §63.

de reunión que pudiera terminar por restringir su ámbito y ejercicio, poniendo así continuamente el foco de atención en la idoneidad de leyes con reglas básicas que definan claramente las circunstancias u condiciones que limitarían el libre ejercicio del derecho de reunión a la luz de esas menciones recogidas en el art.11.2 del Convenio[25]. Entre esas posibles limitaciones, la previsión según norma nacional de un requisito como la necesidad de una comunicación y/o autorización, pasa ampliamente el test de corrección para el TEDH, apuntando su acomodo al art.11 del Convenio[26]. Y aun cuando la ausencia de ese requisito deviene en una reunión ilegal, el Tribunal también ha considerado que tal situación de ilegalidad no justifica una infracción del derecho de reunión cuando ésta se condujera de forma pacífica y sin evidencias de peligro para el orden público[27] .

Desde el TEDH se trata de evitar no solo que las decisiones adaptadas por las autoridades competentes con efectos restrictivos en el ejercicio del derecho de reunión carezcan de apoyo legal, sino además fundamentalmente que las prescripciones legales nacionales no sobrepasen las líneas rojas de restricción marcadas por el CEDH. Y de hecho, ésta es la derivación más habitual que cae bajo el enjuiciamiento del TEDH, por cuanto de ordinario se dirige a contemplar la adecuación de medidas, actuaciones o decisiones adoptadas por autoridades competentes que terminan causando un efecto restrictivo en el ejercicio del derecho de reunión. Difícilmente el TEDH analiza una posible restricción que no quede amparada directa o indirectamente en una ley[28], mientras que lo habitual es enjuiciar interferencias del derecho de reunión/manifestación causadas por decisiones de autoridades nacionales competentes, ya sea de orden gubernativo (prohibición

[25] A tal efecto debe resaltarse la importancia de las denominadas *Guidelines on freedom of peaceful assembly*, adoptadas en 2007 a iniciativa de la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), en colaboración con la Comisión para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) del Consejo de Europa. https://www.osce.org/odihr/73405?download=true . Estas guías surgen precisamente de la constatación de la escasa orientación disponible para legisladores y autoridades competentes sobre como puede regularse el derecho de reunión, y de la variedad de enfoques con los que se regula el derecho de reunión a lo largo de Europa, con Estados en los que tal derecho aun no forma parte de la rutina de una democracia pluralista y en otros donde se contempla con tal celo y regulación que su ejercicio queda sumamente limitado. De ahí la propuesta de ofrecer a los Estados participantes de la OSCE y a los miembros del Consejo de Europa, una serie de directrices a modo de buenas prácticas que les ayude a garantizar que su legislación sobre el derecho de reunión cumpla con las normas europeas e internacionales y los propios compromisos de la OSCE, y de esto modo conseguir cierta uniformidad en los enfoques con los que se regula el derecho de reunión entre los diversos países europeos.

[26] "No es contrario al espíritu del art.11 si por razones de orden público o seguridad nacional, a priori, una parte contratante exige que la celebración de reuniones se sujete a autorización". Cfr. Caso *Oya Otoman v. Turquía*, núm.74552/01, §37, de 5 de diciembre de 2006.

[27] Caso *Cisse v. Francia*, núm. 51346/99, de 9 de abril de 2002, §50, seguida también por *Oya Otoman v. Turquía*, citado, §39.

[28] Entre estas excepciones, caso *Vyerentsov v. Ucrania*, núm. 20372/2011, §55, de 11 de abril de 2013, admitiendo la ausencia de una norma que regulara el derecho de reunión y que constituyera la base para ordenar una medida de disolución de la manifestación y detención de su convocante, "de donde la injerencia con el derecho del demandante a la libertad de reunión pacífica no estaba prescrita por la ley".

o disolución de manifestaciones, cambio en el trazado, detención de participantes, etc.) o judicial (encausamiento y penalización de organizadores o manifestantes) que pueden no responder a un fin legítimo.

Siendo así, en el enjuiciamiento de los casos ante el TEDH los Estados ratificantes no tienen que demostrar la justificación o necesidad de una ley que acoja una restricción, sino tan solo su sometimiento a la legalidad, esto es que en base a una ley se ha adoptado una medida que persiguiendo un fin legítimo, tiene como efecto la limitación o prohibición de una reunión/manifestación. Como bien se ha señalado, la identificación concreta de los fines que pueden recibir ese calificativo de legítimos no es un interrogante que pueda resolverse conforme a cláusulas abiertas[29], y sin embargo son de extrema indeterminación y abstracción las menciones acogidas en el Convenio y que actúan como marco de fines admisibles (legítimos, en el lenguaje del TEDH) que pueden restringir el ejercicio del derecho de reunión, forzando así a los Estados a probar el encaje de sus supuestas medidas restrictivas, aun previstas legalmente, en uno o varios de tales fines.

3.2.2. Desde el planteamiento jurídico español: la acogida legal de supuestas o posibles restricciones

En esta otra orilla del análisis, surge de inmediato el examen valorativo que pudiera merecer la exigencia de una comunicación previa, que no autorización en dictado imperativo del art.21 CE. Desde el inicial acomodo de un condicionamiento como éste al ámbito protector del art. 11 del CEDH en interpretación, como se ha visto, del propio Tribunal de Estrasburgo, su radio de operatividad se encuentra limitado, imponiendo tal comunicación previa únicamente a las reuniones y manifestaciones que transcurren en lugares de tránsito público, tal como se precisa en el mismo precepto constitucional y se desarrolla en la LO 9/83, incluyendo pues aquellas reuniones o manifestaciones de perfil laboral que cumplen tal nota de expresión y ubicación pública. Sin embargo, la exigencia de comunicación previa también aparece en otras variantes de ejercicio de derecho de reunión insertas en ordenaciones legales de naturaleza más específica en el ámbito laboral.

En efecto, para la celebración de una asamblea en el lugar de trabajo, como particular modalidad del derecho de reunión, el ET reclama la necesidad de una comunicación previa al empresario. Exigencia lógica y razonable desde la consideración de que la asamblea se desarrolla en un espacio privado de propiedad de un tercero (el empleador) y que a pesar de ello la norma le sustrae la facultad de

[29] Valdés Dal-Re, F., "Libertades de reunión y asociación. Artículo 11 del CEDH", en AA.VV. *La garant137.a Social Eurrpea. Comares, Granda, 2017, pag.COnsejo de Europa. El COnvenio Europep democratica n otros se orden con tal ceía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europe*a. Ed. Comares, Granada, 2017, pág. 139.

prestar su consentimiento para privilegiar inicialmente el ejercicio del derecho de reunión de los trabajadores[30]. Los condicionamientos lógicamente derivan de la necesidad de que el derecho de unos a la reunión/asamblea sea compatible con los derechos e intereses del empleador. De ahí la exigencia de que el empresario reciba comunicación anticipada de la celebración de la asamblea y en la que consten la indicación de los convocantes, así como la de aquellas personas no pertenecientes a la empresa que tengan prevista su asistencia, y la mención expresa al orden del día (arts. 77 y 79 ET). Datos todos ellos que permitirán reflejar en su caso la naturaleza y finalidad laboral de una asamblea que la empresa habrá de tolerar y facilitar por mor de un derecho (el de reunión) que la norma hace primar sobre el suyo propio (de propiedad y disposición de los espacios de trabajo). Por lo demás, esa comunicación cumple una función preventiva por cuanto permite que el empleador y la presidencia de la asamblea puedan adoptar de forma conjunta y de manera anticipada aquellas medidas que resultaran necesarias para evitar perjuicios en la actividad ordinaria de la empresa (art.77.1 in fine ET).

Igual función se predica respecto de la previa notificación al empleador de las reuniones celebradas por los trabajadores afiliados a un sindicato, tal y como se contempla en el art.8.1 de la LOLS, a los fines pues de comprobar su adecuación a los condicionamientos de tiempo (fuera de las horas de trabajo) y lugar (espacios de la empresa o centro) marcados por la norma, en busca de igual armonización con los derechos e intereses empresariales. No obstante, en este particular supuesto la primacía del derecho de reunión de los trabajadores se ve reforzada por su vinculación con el derecho fundamental de la libertad sindical[31], de donde los condicionamientos legales a su ejercicio son menores, como así se deduce por la falta de indicación de exigencias formales (convocatoria expresa y contenido detallado, indicación de participantes, etc.) y temporales (periodo de anticipación a la celebración de reuniones, o número de las que puedan celebrarse) que sí aparecen en las reuniones /asambleas ordenadas en el ET.

Distintas circunstancias presentan las reuniones / manifestaciones que puedan celebrarse en un escenario de huelga, y que a pesar de no contar con una contemplación expresa en la normativa específica (RDL 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo), sí quedan asociadas a la facultad de los trabajadores en huelga de "hacer publicidad de la misma, en forma pacífica" (art.6.6 de dicho texto legal),

[30] Se coincide así con Limón Luque, M.A. *Derecho de reunión y relaciones laborales*, op.cit., pág. 116, al indicar cómo el derecho de reunión de los trabajadores en la empresa se ve como una limitación que el legislador ha establecido a la hora de diseñar el derecho de propiedad en la empresa, formando parte de esa "función social" como límite interno al derecho constitucional de propiedad.

[31] Recuérdese al respecto la doctrina constitucional que declara cómo el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines propios del sindicato, forma parte indiscutible del derecho de sindicación. Por todas, STC 91/1983, de 7 de noviembre. Afirmándose de forma complementaria que el derecho de reunión en el específico ámbito sindical es el soporte instrumental para el ejercicio de otros derechos, especialmente el de información. Cfr. SSTC 94/1995, de 19 de junio, y 168/1996, de 29 de octubre.

como una forma de dar a conocer al público en general la situación de huelga, sus motivos y finalidad perseguida. En la medida pues en que tales agrupaciones de trabajadores en huelga, organizados para cumplir dicha finalidad, se localizan en espacios públicos, aunque en entornos habitualmente cercanos a la empresa, tales reuniones podrían insertarse en el ámbito de aplicación de la Ley 9/83 y con ello someterse a los condicionamientos allí contemplados. Como se ha dicho, al art. 21 de CE y a su normativa de desarrollo les resulta indiferente cual sea la finalidad o el motivo de una reunión o manifestación a los efectos de poder imponer ciertas restricciones a su ejercicio, de tal modo que cuando una agrupación de trabajadores en huelga traspase los espacios privados del lugar de trabajo para situarse en lugares de tránsito público donde aquella agrupación pudiera interferir con derechos e intereses de terceros, y atentara al más general orden público, con peligro para personas y bienes (tal como reza el art.21.2 CE), esa particular y específica modalidad de reunión podría quedar incluso ser disuelta y declarada prohibida. La cobertura formal y funcional que el derecho de huelga pudiera otorgar a estas modalidades de expresión del derecho de reunión con una finalidad de dar publicidad de la misma, no le proporciona ningún elemento de refuerzo frente al general tratamiento que la norma dispensa a las reuniones/manifestaciones en lugares de tránsito público, ni tampoco matiza la interpretación que deba darse a la alteración del orden público que posibilita la adopción de medidas restrictivas del derecho de los trabajadores a reunirse para dar a conocer a terceros en general las circunstancias de la huelga. Recuérdese al respecto la interpretación del TC sobre el alcance del derecho de huelga, que si bien legitima la participación activa en la misma, realizando acciones para provocar la adhesión y simpatía de otros trabajadores y ciudadanos en general, incluyendo los piquetes informativos[32], sin embargo en modo alguna abarca "todas las posibles finalidades pretendidas y menos aun el de todas las clases de acción directa de los trabajadores"[33], por lo que quedan fuera de la tutela del derecho las coacciones, amenazas, insultos, o el ejercicio de actos de violencia sobre terceros para perseguir sus fines[34].

Finalmente, y con carácter general toda manifestación convocada con motivo de huelga o con ocasión de otras circunstancias de reivindicación y defensa de intereses sociolaborales de la clase trabajadora que se desarrollara por lugares de tránsito público y en la que participaran tanto trabajadores en huelga como terceros simpatizantes en apoyo o solidaridad, quedan sometidas a las prescripciones de la LO 9/83, y en concreto al requisito de cumplimentar una comunicación previa, que no autorización, a la autoridad gubernativa correspondiente, a los fines de desarrollar una función de control y protección del correcto ejercicio del

[32] STC 137/1997, de 21 de julio

33 STC 11/1981, de 8 de abril.

[34] Entre otras, STC 332/1994, de 19 de diciembre; ATC 158/1994, de 9 de mayo; STC 37/1998, de 17 de febrero; y más recientemente, recogiendo tal doctrina, la STC 69/2016, de 14 de abril.

derecho de reunión/manifestación, así como el de otros derechos que pudieran verse afectados[35].

Esta es la idea preventiva de control público que subyace no solo en la exigencia de que los promotores u organizadores de la reunión/manifestación incorporen en esa comunicación, como datos informativos, las medidas de seguridad previstas por aquellos, sino también en la misma previsión de que tales medidas sean solicitadas por la autoridad gubernativa de modo específico o complementario tras recibir la comunicación. Ésta constituye así la cobertura legal para someter a vigilancia la reunión y/o manifestación antes y durante su ejercicio, y la que en definitiva admitiría y justificaría que aquel derecho quedara restringido en su ejercicio, bien limitado (por modificaciones en su organización) o bien imposibilitado (al quedar prohibido) en atención a la debida protección de otros derechos o intereses con los que aquel puede oponerse, de modo que tras esa inicial comunicación pueden aparecer y eventualmente justificarse restricciones que aparezcan como legítimas, necesarias y proporcionales.

Ahora bien, si no se produce tal comunicación o no se efectúa con los tiempos de antelación previsto, debe recordarse que el TEDH sigue manteniendo un principio de favorecimiento del derecho de reunión, aun en situación de ilegalidad por incumplimiento de un requisito previsto legalmente, de modo que si la concentración o manifestación así celebrada se conduce por pautas no violentas y sin prueba evidente de peligro al orden público, los actos de las autoridades competentes dirigidas a disolver el acto (incluso con recurso a la fuerza) se considerarían desproporcionados y no necesarios para la prevención de alteraciones públicas y la protección ciudadana[36]. Una doctrina que sin duda no debe ser olvidada por las autoridades competentes ante actos públicos en ejercicio del derecho de reunión que o no han sido comunicados formalmente o han sido prohibidos expresamente por aquellas, por cuanto además revela la centralidad de la alteración o peligro al orden público, pero siempre bajo el foco del análisis valorativo de las circunstancias concurrentes, como a continuación se verá.

3.3. La restricción del derecho de reunión por la preservación de la democracia y el orden público

3.3.1. El planteamiento del TEDH del carácter necesario y "democrático" de la restricción

Como se indicaba, el apartado 2 del art.11 del CEDH acoge una serie de expresiones o términos alusivos a intereses, derechos o libertades cuya protección, ga-

[35] El deber de comunicación es "tan solo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros". Cfr. STC 66/1995, de 8 de mayo.

[36] Caso *Oya Ataman v. Turquía*, citado, §§ 41 a 43.

rantía o preservación puede aducirse como justificación para generar restricciones de orden limitativo o impeditivo en el ejercicio del derecho de reunión. Sin duda, la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención del desorden o el delito, o la protección de la salud o la moral, así como la de los derechos y libertades de los demás, pueden y deben situarse en una posición elevada de salvaguardia y defensa fáctica y jurídica, amparándolos aun ante el ejercicio de otros derechos por muy básicos y esenciales que sean, incluyendo éste de reunión reconocido internacionalmente como derecho humano (y acogido constitucionalmente entre nosotros). Y se entiende que tales referencias superiores puedan restringir tal derecho solo en tanto en cuanto así resulte necesario en una sociedad democrática.

Es decir, no se trata de anteponer sistemáticamente tales derechos e intereses a la libertad de reunión, sino solo en la medida en que tal supremacía y mayor valor de unos sobre otro venga requerido en una sociedad democrática. Desde el reconocimiento del derecho de reunión, junto con los de expresión y asociación, como pilares de una sociedad democrática, destinado a garantizar sus valores, el propio Convenio erige la propia noción de sociedad democrática en parámetro de valoración de las medidas adoptadas para limitar el ejercicio de tales libertades[37]. Aun considerando la enorme indeterminación apriorística de tal noción referencial, el propio TEDH ha intentado ofrecerle ciertos contornos definitorios que dejan aun bordes abiertos, pues difícilmente cabe concretar la "necesidad social apremiante" a la que debe responder una interferencia para admitirla dentro de la expresión "necesaria en una sociedad democrática" [38], si no es asumiendo que los Estados contratantes cuentan con cierto margen de apreciación al evaluar si existe tal necesidad, si bien mano a mano con la supervisión europea[39].

Es decir, el propio orden y funcionamiento de una sociedad democrática se configura así como un elemento hermenéutico y referencial para justificar unas restricciones o injerencias al derecho de reunión, que no resiste el riesgo evidente de someter la conjugación y expresión concreta de la operación interpretativa a los principios y reglas de actuación de quienes aparecen como valedores de una sociedad democrática en cuestión. Sin embargo, el TEDH no puede enjuiciar las medidas o actuaciones presuntamente restrictivas o limitativas del derecho de reunión adoptadas en algunos Estados, a la luz de su particular modelo democrático, sino antes bien bajo el prisma de generales requerimientos democráticos que conformen un sustrato justificativo uniforme de común aceptación. Es esta una base bien construida sobre una relación entre democracia y Convenio que el TEDH no ha cesado de reforzar: partiendo de que el propio preámbulo del Convenio enuncia que los Estados europeos tienen en común un patrimonio de

[37] En tal sentido, Valdés Dal-Re, F., "Libertades de reunión y asociación. Artículo 11 del CEDH", op.cit., pág.137.

[38] Caso *Körtvélyessy v. Hungría*, núm. 7871/10, § 25, 5 de abril de 2016.

[39] Ibídem, *Körtvélyessy v. Hungría*, § 25.

ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, el Tribunal ha visto en este patrimonio común los valores subyacentes al Convenio, estando destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. Mas aun, y en concreto, en tanto que "la democracia representa, sin ninguna duda, un elemento fundamental del orden público europeo y es el único modelo político contemplado por el Convenio y compatible con él", la única necesidad capaz de justificar una injerencia en el derecho de reunión (o cualquiera de los previstos en los artículos 8 a 11 del Convenio) es "aquella que puede reclamarse de la sociedad democrática"[40].

En definitiva, siendo el derecho de reunión unos de los pilares de una democracia y de los principios participativos de ésta, las restricciones a su ejercicio solo pueden derivar del mismo respeto al sistema democrático, de las exigencias de funcionamiento de un régimen verdaderamente democrático. Afirmando que la esencia de la democracia es su capacidad para resolver problemas a través del debate abierto, el propio TEDH no ha dejado pasar la oportunidad de afirmar que también se pondría en peligro esa democracia si se adoptan por las propias autoridades públicas "medidas preventivas radicales destinadas a reprimir la libertad de reunión fuera de los casos de incitación a la violencia o el rechazo a los principios democráticos"[41], simplemente como reacción a las opiniones, puntos de vista o declaraciones expresadas por los organizadores y/o participantes de una concentración o manifestación[42]. En consecuencia, no solo basta que las restricciones al derecho de reunión/manifestación puedan encontrar una cobertura legal, sino que es necesario además que las mismas tengan un fin legítimo y respondan a una necesidad imperiosa requerida por una sociedad democrática. Se somete así la justificación de una restricción no solo al test de legalidad sino también al juicio de su necesidad y proporcionalidad para protección de un interés, derecho o libertad que pudiera ser, en atención al caso, de mayor valor que el ejercicio pleno, sin restricciones o limitaciones, de la libertad de reunión/manifestación. De este modo, el TEDH hace recaer sobre los autoridades competentes nacionales una importante labor argumentativa sobre la legitimidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas que se hubieran adoptado con efectos restrictivos hacia el derecho de reunión/manifestación.

[40] Caso *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros v. Turquía*, ya citado, §45.

[41] Caso *Gün y otros v. Turquía*, ya citado, §69, situando esta afirmación en un contexto de manifestaciones celebradas con ocasión del aniversario del arresto del jefe de una organización terrorista, por cuanto "en una sociedad democrática basada en el estado de derecho, las ideas políticas que desafían el orden establecido y cuya realización se defiende por medios pacíficos, deben ofrecer una oportunidad adecuada para expresarse a través del ejercicio de la libertad de reunión, así como por otros medios legales".

[42] *Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, citado, §88 estimando la violación del art.11 del Convenio por las conductas represoras de las autoridades competentes búlgaras al impedir la celebración de manifestaciones por una organización de defensa y apoyo de la minoría macedonia en Bulgaria.

En el discurrir de este planteamiento, el TEDH ha ido dando forma a ciertos criterios interpretativos que coadyuvan a la resolución de supuestas transgresiones del derecho contemplado en el art.11 CEDH:

En primer lugar, reconociendo como premisa inicial que toda reunión/manifestación pacífica en un lugar público puede causar de por sí un cierto nivel de perturbación de la vida cotidiana, incluida la dificultad o interrupción del tráfico, y por cuanto ello no justificaría por sí mismo una interferencia en el derecho de reunión, el TEDH apunta la importancia de que las autoridades públicas muestren cierto grado de tolerancia hacia las reuniones pacíficas para no privar de toda sustancia a la libertad de reunión garantizada por el art.11 del CEDH[43].

De este modo, el respeto por el derecho de reunión pasa ineludiblemente por la asunción de un nivel de tolerancia hacia los efectos perturbadores que de por sí causa una concentración pacífica de personas en un lugar público, y siguiendo dicho planteamiento se derivaría que dentro de esos márgenes de tolerancia no resultarían admisibles medidas de restricción del derecho, y que sí se aceptarían por el contrario cuando el ejercicio de tal derecho excediera de ese grado de tolerancia.

La dificultad se encuentra lógicamente en la determinación concreta de los contornos de ese nivel de tolerancia que se considere óptimo o apropiado, y admitiendo el propio TEDH su indefinición apriorística y en abstracto, remite su apreciación a las circunstancias particulares en las que se desarrolla el derecho de reunión/manifestación y en la medida en que perturbe la vida cotidiana. Entre tales circunstancias específicas de las que depender en su caso ese margen de tolerancia, se ha aceptado la duración y el alcance de la perturbación pública causada por la reunión, "y si sus participantes tuvieron suficiente oportunidad para manifestar sus opiniones"[44], así como la propia finalidad "pública" del acto[45], y cómo no también la elección del lugar donde el evento se desarrollaría. No puede obviarse que tal elección forma parte indiscutiblemente del ejercicio del derecho de reunión y se configura habitualmente como elemento estratégico e instrumental al mejor servicio del mismo, de modo que el margen de tolerancia sobre los posibles efectos perturbadores de tal derecho puede ser mayor o menor dependiendo de

[43] Casos ya citados *Oya Ataman v. Turquía*, , §38; *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, , §82; *Barraco v. France*, §43; *Frumkin v. Rusia*, §97; y más recientemente, caso *United Civil Aviation Trade Union y Csorba v. Hungría*, núm. 27585/13, §26, de 22 de mayo de 2018.

[44] Cfr. *Cisse v. France*, citado, §§ 51-52; *Éva Molnár v. Hungría*, núm. 10346/05, §§42-43, de 7 de octubre de 2008; *Navalnyy and Yashin v. Rusia*, núm. 76204/11, §§63-64, de 4 de diciembre de 2014.

[45] En un caso de concentración con la intención de llamar la atención de los residentes locales sobre las presuntas deficiencias y prácticas presuntamente insalubres adoptadas por la autoridad regional, el Tribunal subrayaba que los eventos públicos relacionados con la vida política deben recibir una deferencia particular y que aquellos que expresen opiniones que critican a figuras públicas importantes deben mostrar mayor tolerancia. Cfr. Caso *Chumak v. Ucrania*, núm. 44529/09, §55, de 6 de marzo de 2018, citando en apoyo los casos *Primov y otros v. Rusia*, citado, §135, y *Kalabadze y otros v. Georgia*, núm. 1484/07, §89, de 2 de octubre de 2012.

espacio público afectado por esa elección. En este sentido, el TEDH ha podido reconocer, por ejemplo, que el lugar elegido para una concentración convocada por un sindicato (el arcén de la carretera que conducía a un aeropuerto internacional) resultaba coherente con el fin de aquella de llamar la atención sobre la precaria situación económica en la que se encontraban los trabajadores del aeropuerto, pero sin embargo no era posible adoptar ningún margen de tolerancia sobre el ejercicio del acto por cuanto las leyes de trafico aplicable impedían la utilización del arcén para tránsito de personas y vehículos[46].

En todo caso, la referencia del TEDH al grado de tolerancia hacia el derecho de reunión conduce a que las autoridades competentes deban dirigir la argumentación justificativa de su proceder a demostrar que éste resultaba exigible una vez sobrepasados los límites de lo permisible o tolerable para respetar el ejercicio del derecho en cuestión. Esto es, que las restricciones a la libertad de reunión en lugares públicos sean requeridas para proteger los derechos de los demás, prevenir el desorden o mantener la fluidez y seguridad del tráfico[47]. De ahí las habituales llamadas de atención crítica del TEDH ante acusaciones de autoridades competentes meramente especulativas utilizadas como fundamento de sus medidas restrictivas, prohibitivas e incluso represoras hacia actos de concentración o manifestación[48].

En segundo lugar, las medidas restrictivas han de ser necesarias, si bien los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación cuando examinan si las restricciones a los derechos y libertades garantizados por el Convenio pueden considerarse necesarias[49]. La necesidad pues de la medida o de la intervención restrictiva debe sustentarse en motivos justificativos que sean pertinentes y suficientes[50], o en otros términos, que "solamente razones convincentes e imperativas" pueden justificar las restricciones a un derecho como el reconocido en el art.11 CEDH[51]. De ahí también la esencialidad de procedimientos de notificación previa con el fin

[46] *United Civil Aviation Trade Union y Csorba contra Hungría*, citado. En este caso efectivamente el código de trafico aplicable disponía que las partes de carretera que no se utilizaban para el tráfico no resultaban accesibles para peatones ni se podían ser utilizadas para el estacionamiento. Este fue el argumento utilizado por el departamento de policía para prohibir la concentración prevista de dos horas a la que asistirían un número considerable de personas (entre 50 y 100), más allá de aducir que tal concentración pondría en peligro la seguridad del trafico y haría inaccesible el aeropuerto (y con ello lesionado el derecho de los pasajeros a abandonar el país, tal como se añadía)

[47] Caso *Éva Molnár v. Hungría*, citado, §34.

[48] Como prueba baste mencionar el caso *Chumak v. Ucrania*, citado, §53, donde se recoge que "al tribunal le sorprende la naturaleza general de las medidas adoptadas por las autoridades con respecto a los manifestantes …Y no habiendo pruebas fácticas de que el piquete en cuestión haya causado molestias reales al público en general, la Corte desea enfatizar que las asambleas pacíficas requieren que las autoridades públicas demuestren un cierto grado de tolerancia, incluso si causan algún inconveniente para la vida cotidiana. Este requisito obliga a las autoridades a considerar medidas para minimizar la interrupción, mientras que al mismo tiempo acomodan los intereses legítimos …".

[49] Caso *Barraco v. Francia*, citado, § 42.

[50] Caso *Kudrevičius y otros v. Lituania* [GC], citado, §155.

[51] Caso *Sidiropoulos y otros v. Grecia,* núm. 26695/9 , §40 de 10 de julio de 1998.

de que las autoridades puedan adoptar de forma anticipada medidas destinadas a mitigar o disminuir cualquier perturbación que la reunión/ manifestación pueda ocasionar en los derechos de los demás, en la seguridad vial, o en el propio orden público; e incluso, para poder ofrecer medidas alternativas si así fuera necesario para la protección de tales derechos e intereses afectados.

De hecho, el TEDH ha tenido oportunidad de reforzar la necesidad de un adecuado canal de comunicación entre los organizadores y las autoridades, tanto con carácter previo a la reunión/manifestación como durante la misma, con la finalidad de ofrecer una respuesta constructiva a circunstancias que pudieran surgir y que requiriesen acciones rápidas y alternativas en evitación de mayores conflictos o perturbaciones, considerando precisamente que los espacios públicos son espacios de comunicación y convivencia[52]. De esta forma, el deber de las autoridades de comunicarse con los organizadores constituye "una parte esencial de su obligación de garantizar el desarrollo pacífico de la manifestación, para prevenir el desorden y para garantizar la seguridad de todos los ciudadanos involucrados"[53].

En tercer lugar, el TEDH requiere que las autoridades competentes demuestren la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con un resultado de restricción del derecho de reunión/manifestación. En última instancia se trata de acreditar el oportuno equilibrio entre el objetivo legítimo (intervención sobre el ejercicio del derecho de reunión en defensa de intereses protegibles) y los medios adoptados para alcanzarlo. Y a tal fin el TEDH requiere que las autoridades nacionales justifiquen que sus decisiones se han sustentado en una evaluación aceptable de los hechos y de las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta que, tal como considera el propio Tribunal, las autoridades nacionales están en mejores condiciones para evaluar los riesgos de seguridad o de perturbación y las medidas que resultaran apropiadas adoptar[54]. Esa obligada reflexión y evaluación se asocia a dos importantes consideraciones. Por un lado, que no resultan admisibles decisiones o medidas restrictivas sustentadas en suposiciones, especulaciones o meras probabilidades, especialmente cuando puede contarse con datos reales o de certeza que permitan contrarrestar hipótesis y cálculos sobre los efectos perturbadores o lesivos de

[52] "…..se reconoce ampliamente que, en una sociedad democrática, los caminos y las calles están diseñados no solo para caminar y conducir, sino también para reuniones, procesiones y otros eventos; en otras palabras, no son solo una esfera de circulación, sino también un espacio de comunicación. Como se mencionó anteriormente, un sistema de notificación previa permite a las autoridades lograr la coexistencia pacífica de ambos objetivos". Cfr. Apartado 14 de la opinión parcialmente disidente de los jueces Yudkivska, Ranzoni y Ravarani, contenida en el caso citado *United Civil Aviation Trade Union y Csorba v. Hungría*.

[53] Caso citado *Frumkin v. Rusia*, §128, donde ante un cambio de trazado de la manifestación, la falta de comunicación de las autoridades competentes con los organizadores provocó mayor tensión y conflicto entre participantes y fuerzas policiales que finalizó con la interrupción violenta de una manifestación inicialmente pacífica.

[54] Caso *Fáber v. Hungría* , citado, §42. Tal criterio significa a su vez que el mismo TEDH no pueda entrar a cuestionar la evaluación efectuada por las autoridades nacionales, salvo que resultara ser manifiestamente irracional o arbitraria. Cfr. Caso *Budaházy v. Hungría*, núm. 41479/10, §40, 15 de diciembre de 2015, con referencia al caso *Sisojeva y otros v. Letonia* nº 60654/00, §89, de 15 de enero de 2007.

la reunión/ manifestación en cuestión. De ahí, la reiterada llamada del TEDH a que, tratándose de una alegación de peligro, desorden o perturbación pública, debe estar debidamente justificada, esto es, respaldada con hechos comprobables[55]. Y por otro lado, que en esa adecuada evaluación o reflexión de las circunstancias concurrentes que han de realizar las autoridades competentes, se debe valorar primigeniamente la posibilidad de adoptar o proponer medidas alternativas a las previstas por los organizadores de la reunión/ manifestación con el fin de posibilitar el ejercicio de su derecho y la consecución de los objetivos planteados por la reunión[56]. En otros términos, se trata de garantizar al máximo el adecuado equilibrio entre los intereses protegibles (seguridad ciudadana y/o vial, orden público, etc.) y el derecho de reunión, de modo que la medida consistente en prohibir su ejercicio se considere como la última ratio dentro de los márgenes posibles de actuación[57].

3.3.2. La centralidad en el planteamiento judicial español de la afectación al orden público

Planteados pues así desde la doctrina del TEDH los factores de admisibilidad de restricciones al derecho de reunión en los términos de necesidad, adecuación y proporcionalidad en atención a un fin legítimo de protección (por imposición de una sociedad democrática), y siempre sobre la base de un mínimo de tolerancia requerido hacia los efectos perturbadores que de por sí ocasionan agrupaciones de personas en espacios de tránsito público, resta pues confrontarlos con aquellos que desde la práctica judicial española modalizan el ejercicio del derecho de reunión en general y particularmente en sus modalidades de perfil laboral.

Obsérvese que la LO 9/83 se construye en este punto de la admisibilidad de restricciones sobre dos elementos de indudable transcendencia: por un lado, la referencia a "alteraciones de orden público, con peligro para personas o bienes", como efecto voluntario o deliberado del ejercicio del derecho de reunión en sus modalidades de concentración y manifestación; y por otro lado, la existencia de razones fundadas de que aquellas alteraciones puedan producirse.

El primero de esos condicionantes podría entenderse a priori una redundancia respecto del segundo en tanto que la violencia para las personas o los daños para

[55] Casos *Primov y otros v. Rusia*, citado, §150; *Lashmankin y otros v. Rusia*, núm. 57818/09 (y 14 más) §§ 423-424 , de 7 de febrero de 2017; y *Chumak v. Ucrania*, citado, §50.

[56] Caso *Schwabe y M.G. v. Alemania, citado*, §117.

[57] En este sentido, en el caso *United Civil Aviation Trade Union y Csorba* v. Hungría, ya citado, el TEDH criticaba a la autoridad nacional el hecho de que impusiera la prohibición de la manifestación, "en lugar de considerar medidas que podrían haber permitido que la manifestación procediera de una manera que no causara una perturbación indebida del trafico rodado en la proximidad del aeropuerto…. Recurrieron a la medida más radical de negar a los solicitantes la posibilidad de ejercer su derecho de reunión" (§29). Consideración ésta que condujo al Tribunal a resolver que "la interrupción del tráfico en la dirección del aeropuerto no era motivo suficiente para una prohibición total de la manifestación" (§30), y en consecuencia se había producido una violación del art.11 del Convenio (§ 31).

las cosas son sin duda circunstancias que tienen un efecto de alteración del orden público. Pero el concepto de orden público que se acoge en la doctrina judicial española en el análisis de concentraciones y manifestaciones no necesariamente arrastra la constatación de un peligro, ya sea potencial o real, sobre esas personas o cosas. En efecto, la alteración de orden público a estos efectos limitativos del derecho de reunión, ha sido interpretado por el TC como una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado por una concentración/manifestación, "entendiendo por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados"[58]. Por su parte, en la noción de peligro para personas o bienes se incluyen los peligros derivados de las acciones violentas que puedan derivarse directa o indirectamente de una concentración o manifestación pacífica, esto es, ya sea porque estas generen situaciones de riesgo o ya sea porque impidan la adopción de medidas tendentes a evitar o paliar el peligro[59].

Ahora bien, a pesar de la asociación que se expresa en el art.21 CE, vinculando el peligro para personas o cosas a la alteración del orden público, la práctica judicial demuestra como ésta última en ocasiones ha operado de forma autónoma e independiente, valorada conforme a las circunstancias que rodean la organización y desarrollo de una concentración o manifestación, y particularmente en cómo afecta al tránsito ciudadano y vial. De hecho, a la hora de valorar una posible o eventual alteración del orden público, se ha llegado a obviar la constatación de un peligro para personas o bienes derivados de las acciones violentas surgidas en el devenir de una concentración, si bien su eventualidad sí ha podido apuntarse como elemento argumentativo adicional que refuerza aquel otro[60]. Por el contrario, y en lectura inversa, en aquellos casos en los que sí se constatan actuaciones violentas en el curso de una concentración o manifestación, se opera un cómodo encaje con una alteración de orden público y con ello el factible desenlace de una actuación restrictiva del derecho (disolución y/o prohibición) difícilmente cuestionable. Una disociación de los supuestos en los que es constitucionalmente posible prohibir el ejercicio del derecho de reunión que, como de seguida se verá, se ha resulto judicialmente cuestionando esta práctica no tan inusual en resoluciones administrativas recaídas en relación a ciertos actos de concentración o manifestación en espacios públicos

Como punto de partida es de coincidir que el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, cuyo entorpecimiento se configura pues como el núcleo esen-

[58] STC 66/1995, de 8 de mayo.

[59] Ibídem.

[60] Recuerda así críticamente el Ministerio Fiscal a la autoridad gubernativa competente, en el caso resuelto por la STC 66/1995, de 8 de mayo, que "los conceptos jurídicos indeterminados de alteración del orden público y de peligro para personas y bienes no son coincidentes sino que deben concurrir acumulativamente".

cial de una alteración de orden público, presenta el inconveniente de que es un concepto difícilmente reconducible a una unidad de común entendimiento y aceptación, y sujeto pues a una variabilidad interpretativa dependiendo de factores culturales, sociales o económicos que se presentan muy diversos entre unidades políticas nacionales, y aun incluso dentro de un mismo espacio geográfico. De ahí pues que para la concreción y valoración de cual sea la alteración de la convivencia ciudadana que pueda justificar medidas de restricción del derecho de reunión, en sus vertientes de concentración y/o manifestación en espacios públicos, resulte obligada la huida de planteamientos y pautas generales, y por el contrario se imponga el recurso, tal y como se ha practicado en el TEDH, a una ponderación casuística en la que se consideren criterios de necesidad, razonabilidad, justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con efectos de limitación o prohibición del derecho de reunión, especialmente cuando éste presente un perfil laboral por sus organizadores, participantes y fines.

De hecho, aun cuando para el planteamiento judicial no importa por lo general el motivo de la concentración/manifestación o la finalidad última perseguida con su celebración, dentro lógicamente de márgenes legales, de modo que el referente del orden público actúa por igual con independencia del concreto factor causal y finalista del derecho, las variaciones argumentativas sí se efectúan en consideración a elementos temporales, espaciales y numéricos, es decir, en atención a la modalidad de agrupación elegida (si concentración o manifestación), a los concretos lugares o espacios públicos donde aquella se desarrolla, a la reiteración del acto, y al número de sus asistentes o integrantes. En este sentido no tiene la misma entidad "perturbadora" del orden público una reunión estática con limitada ocupación del espacio físico, sobre todo con escasa presencia de personas, que una manifestación incluso numerosa que discurra además por lugares esenciales en el tráfico vial, así como tampoco tiene esa misma entidad un acto aislado que una multiplicidad de eventos reiterados en breves espacios de tiempo; más aun, ese efecto perturbador también puede formar parte de la estrategia diseñada en la organización de una concentración o manifestación, para mayor garantía de éxito en los fines perseguidos con su celebración[61]. Y ha de coincidirse en que las concentraciones o manifestaciones de perfil laboral y con finalidad esencialmente reivindicativa de los derechos e intereses sociolaborales de los trabajadores, recurren con habitualidad, como parte esencial de su estrategia, a una particular elección del momento y lugar donde pueda resultar más notoria y por derivación más incisiva la actuación así organizada.

[61] Véase en STC 66/1995, de 8 de mayo, el ejemplo del argumento aducido por los representantes sindicales pertenecientes a la federación de Banca, y organizadores de un concentración en una ubicación concreta de Madrid (plaza de Canalejas-metro Sevilla) en apoyo de la negociación del convenio de banca privada, indicando que el lugar elegido era idóneo para la convocatoria ya que en él se concentraban importantes y numerosas oficinas de los principales bancos del país. El problema derivaba de que tal ubicación constituía por lo demás un importante nudo de tráfico vial de la ciudad que podía quedar gravemente afectado por la concentración, lo que provocó la medida de prohibición adoptada por la Delegación de Gobierno de Madrid.

Ahora bien, si ése es el primer paso a dar en el proceso de enjuiciamiento y valoración de medidas restrictivas del derecho de reunión, no resulta habitual encontrar entre las resoluciones judiciales recaídas en este particular ámbito, referencias a cierto grado de tolerancia hacia los efectos perturbadores que implícitamente arrastra el ejercicio de actos de concentración o manifestación en espacios públicos, al modo en que se asume desde la doctrina del TEDH; un mínimo margen de tolerancia que impediría la inmediata y directa adopción de medidas restrictivas ante el mero anuncio de una concentración o manifestación, en supuesta evitación de eventuales o presumibles actuaciones lesivas, más aún si cabe cuando aquellas pueden tener cierta relevancia social y una indudable entidad colectiva, como las convocadas por trabajadores y/o sus organizaciones representativas y sindicales, y por muy reiteradas que fueran[62].

Sin embargo y a pesar de alusiones judiciales ya directas ya indirectas a la necesidad de asumir ciertos inconvenientes y perturbaciones como inherentes a determinadas formas de ejercicio del derecho de reunión[63], no ha sido ese el proceder ordinario entre las autoridades competentes a la hora de adoptar medidas ante concentraciones y manifestaciones en espacios públicos, tal y como se han analizado precisamente en sede judicial, en tanto que se ha operado un peculiar efecto de sustitución de un cierto margen de tolerancia de los efectos del acto en atención a las circunstancias concurrentes, por otro margen bien distinto, el de la probabilidad, en mayor o menor grado, de una alteración del orden público o riesgo para la seguridad ciudadana como consecuencia de la celebración de una concentración o manifestación en determinadas zonas públicas. Se relega pues uno (el margen de tolerancia) para revalorizar en extremo otro (el de la probabilidad de una situación de desorden o riesgo para personas o bienes)[64].

[62] En este punto es firme la doctrina del TC en el sentido de que el derecho de reunión pacífica constitucionalmente regulado no limita el número de concentraciones o manifestaciones, de donde la celebración previa de un elevado número de manifestaciones no es motivo para prohibir nuevas concentraciones solicitadas, siendo admisible tal medida de prohibición solo en el caso de que se pretenda la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio y de una manera que se ponga en peligro derechos y bienes. Entre otras, SSTC 284/2005, de 7 de noviembre; 301/2006, de 23 de octubre; 193/2011, de 12 de diciembre; y 24/2015, de 16 de febrero.

[63] Así, la STC 59/1990 ya afirmó que la limitación o afectación de la libertad deambulatoria del art.19 CE, por ser inherente al desarrollo de una manifestación, no puede por sí sola justificar su prohibición. Tras ella, ha sido reiterada la doctrina acerca de que la celebración de este tipo de reuniones/manifestaciones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y vehículos, y tales restricciones por sí solas, consecuencia inherente y muchas veces no deseada del ejercicio del derecho de reunión, no justifican la prohibición de la manifestación. Entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 195/2003, de 27 de octubre; 110/2006, de 3 de abril; 163/2006, de 22 de mayo; y 193/2011, de 12 de diciembre.

[64] Cítese el ejemplo del ATC 45/2017, de 6 de marzo, en un supuesto de una marcha sindical por la carretera nacional A-6, admitiendo la actuación de la Guardia Civil que procedió al corte de tráfico en la misma (impidiendo así la marcha) debido a la "existencia potencial de peligro de personas y bienes, tanto para los usuarios de la vía como para el personal que compone la marcha", y frente al criterio del Fiscal de que la resolución administrativa no ponía de manifiesto datos que "evidenciaran la existencia de ese peligro, más allá de la lógica molestia que supone la limitación de la circulación por la restricción en los carriles de la vía".

En este sentido, no puede negarse la habitualidad con la que las autoridades competentes españolas han recurrido a las graves alteraciones del trafico y de peligro para la seguridad vial y ciudadana que se producirán en determinados lugares como circunstancias justificativas de medidas de restricción. Y sin embargo, la alta probabilidad de que se produzcan alteraciones del orden público o situaciones de peligro para personas y bienes a raíz de la celebración de concentraciones o manifestaciones en determinadas zonas o vías públicas, no debe ni puede justificar la adopción de una respuesta inmediata de prohibición sin haber antes valorado la incidencia que aquellas pudieran tener específicamente en la seguridad vial y en la normal convivencia ciudadana[65]. Es por ello que debe prevaler un claro principio de favorecimiento del derecho de reunión frente a meras sospechas, dudas o apreciaciones sobre los posibles efectos negativos que pudiera ocasionar un concreto acto de concentración o manifestación; principio que debería actuar como inicial criterio interpretativo de toda actuación limitativa del derecho de reunión[66]. No se trata más que de reforzar la propia doctrina constitucional que confirma que la simple posibilidad de que se produzca la perturbación de otros bienes o derechos protegidos constitucionalmente, resulta insuficiente para justificar la modulación o prohibición del derecho de reunión[67].

Rechazando pues meras probabilidades de perturbación en el orden público y de peligro en las personas y cosas, la doctrina judicial española fortalece la otra cara de la moneda, esto es, la necesidad de acreditar la existencia de razones fundadas que lleven a pensar en lesiones al orden público y a la seguridad de personas y cosas, y con ello la obligación de justificar las medidas adoptadas por las autoridades competentes con efectos restrictivos sobre el derecho de reunión[68]; una pauta interpretativa que opera pues en consonancia con ese principio de interpretación estricta de los límites al derecho de reunión fijados en el art.11 del CEDH que se acoge en la jurisprudencia del TEDH. Y entre tales circunstancias justificativas, el TC no solo admite, por imperativo legal, la constatación de una alteración del orden público con peligro para personas o bienes, sino también la

[65] En este punto es tajante y reiterada la declaración de que no toda interrupción del tráfico provoca *per se* una alteración del orden público. Entre otras, SSTC 42/2000, de 14 de febrero; 163/2006, de 22 de mayo; 31/2007, de 12 de febrero, y 24/2015, de 16 de febrero.

[66] Cfr. SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 37/2009, de 9 de febrero, citando ese "favor libertatis" acogido por la doctrina constitucional que ambas mencionan (SSTC 66/1995, de 8 de abril; 42/2000, de 14 de febrero; 195/2003, de 27 de octubre; 90/2006, de 27 de marzo; 163/2006, de 22 de mayo, y 301/2006, de 23 de octubre).

[67] STC 163/2006, de 22 de mayo; reiterada en STC 170/2008, de 15 de diciembre.

[68] "…para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión producirá una alteración del orden público proscrita en el art.21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución". Cfr. STC 195/2003, de 27 de octubre. Asimismo, Sentencias 90/2006, de 27 de marzo, 37/2009, de 9 de febrero, y 193/2011, de 12 de diciembre.

necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales, siempre bajo condiciones de estricta proporcionalidad[69].

De hecho, finalmente, el criterio de la proporcionalidad también se erige en posición privilegiada a la hora de valorar en sede judicial la corrección de medidas supuestamente restrictivas del derecho de reunión. Juicio de proporcionalidad que sustenta la exigencia de razones fundadas para las medidas restrictivas o limitativas del derecho de reunión, en un aparente proceso de menos a más. Es decir, la primera confrontación habría de ser de ajuste, de búsqueda del acomodo y equilibrio entre el ejercicio del derecho de reunión y la preservación del orden público así como de la seguridad de personas y bienes, para concluir en su caso, y solo en atención a las concretas circunstancias concurrentes, que tal ajuste requiere de manera justificada ciertas medidas de restricción de aquel derecho de tono menor o de inferior entidad lesiva que una prohibición, como podría ser una modificación de los iniciales elementos organizativos del acto programado, ya sea variando el lugar de una concentración o el itinerario de una manifestación, o ya sea alterando la fecha y horario en que se celebrarían. Solo en el caso de que esta opción resulte inviable "y no exista modo alguno de asegurar que el ejercicio de derecho de reunión respete los límites constitucionales", es cuando la autoridad competente puede prohibirlo por razones fundadas[70].

Sin embargo, la ausencia desde las autoridades competentes de propuestas alternativas a la mera prohibición, cuando éstas podrían ser factibles, ha conducido a firmes declaraciones judiciales de condena por omisión del debido juicio de ponderación y de proporcionalidad en la medida adoptada[71]. En cierto modo se trata de asumir la afirmación del TEDH sobre la vertiente positiva, y no solo negativa (deber de no injerencia por parte del Estado), de la protección dispensada al derecho de reunión, al señalar que "si bien el objeto esencial del art.11 es proteger al individuo de la injerencia arbitraria de las autoridades publicas en el ejercicio de los derechos protegidos, también puede haber obligaciones positivas para ga-

[69] Al respecto, SSTC 42/2000, de 14 de febrero; 195/2004, de 27 de octubre; 193/2011, de 12 de diciembre; y 24/2015, de 16 de febrero, afirmando ésta que "entre esos valores diferentes de la alteración del orden público con peligro para personas o bienes que pueden justificar una limitación del derecho de manifestación, hemos admitido que la reiteración de manifestaciones pueda, en su caso, justificar algunas limitaciones 'adjetivas' de ese derecho, como la prohibición de cortar el tráfico o de superar los límites establecidos en las ordenanzas municipales sobre el ruido, pero sin llegar a legitimar su prohibición".

[70] STC 195/2003, de 27 de octubre.

[71] STC 110/2006, de 3 de abril, resolviendo sobre la improcedencia de una sanción a los convocantes de una manifestación por un corte de tráfico frente al que, resultando razonablemente previsible por los datos obrantes en la comunicación, la autoridad gubernativa no tomó ninguna medida oportuna para mitigar los inconvenientes y decidiera solo imponer finalmente la sanción. Asimismo, considerando que no se ha efectuado el debido juicio de proporcionalidad en la medida, SSTC 59/1990, de 29 de marzo, y 24/2015, de 16 de febrero.

rantizar el disfrute efectivo de estos derechos" [72]. Una obligación positiva de protección que recae sobre las autoridades competentes en origen y en destino, por cuanto que son responsables de garantizar el ejercicio del derecho no solo contra quienes pretenden dificultarlo o perturbarlo (en el ámbito de las relaciones entre particulares, por la intervención de personas o grupos opositores o contra manifestantes)[73] sino también y de manera particular frente a la actuación impeditiva o limitativa no suficientemente fundada que provenga de las propias autoridades públicas competentes (ya sean administrativas o judiciales)[74].

De ahí las ocasiones en que desde sede judicial se ha reaccionado frente a actuaciones de responsables públicos que no solo no expresan un previo juicio de tolerancia del supuesto orden público afectado, sino tampoco un necesario juicio de ponderación de las medidas a adoptar que permita la protección de aquél y conjuntamente la satisfacción del derecho de reunión cuestionado[75]. En este sentido, son las autoridades competentes las responsables de procurar el ejercicio de tal derecho y hacerlo aun en condiciones aparentemente no compatibles con derechos e intereses de terceros, debiendo por ello dirigir su actuación a buscar la medida de esa compatibilidad. Por ello, lógicamente estas mismas autoridades, a la luz de las circunstancias concurrentes y de los datos facticos y concretos sobre la seguridad vial y ciudadana de los que disponen, son las que tienen el deber, en virtud de esa obligación positiva de protección del derecho de reunión, de plantear a los organizadores la posibilidad de que se adopten algunos cambios en la disposición inicial de la concentración o manifestación que posibiliten su celebración. En este punto debe traerse aquí el recordatorio que hace el TEDH acerca de la capacidad de las autoridades de evaluar la situación y los riesgos, lo que les debe permitir no solo eludir el recurso a datos especulativos o presuntivos sobre la afectación de una reunión o manifestación, sino también proponer aquellas medidas de ajuste y de equilibrio con derechos e intereses de terceros que posibiliten el ejercicio del derecho de reunión.

En definitiva, en este itinerario procedimental desde la primera notificación

[72] Caso *Djavit An v. Turkey*, citado, § 56, mencionando al respecto el caso *Christians against Racism and Fascism v. Reino Unido*, núm. 8440/78, Decisión de la Comisión de 16 de julio de 1980. También, caso *Oya Ataman v. Turquía*, citado, §36, y caso *Promo Lex y Otros v. Republica de Moldavia*, núm. 42757/2209, §24, de 22 de febrero de 2015, al decir que "la genuina libertad eficaz de reunión pacífica no puede, por lo tanto, reducirse a un mero deber por parte del Estado de no interferir: una concepción puramente negativa que no sería compatible con el objeto y finalidad del artículo 11 del Convenio", resolviendo el Tribunal en el caso concreto una violación del art.11 del Convenio porque las autoridades moldavas no adoptaron las medidas policiales adecuadas con el fin de proteger a los demandantes de un ataque violento.

[73] Caso *Plattform «Ärzte Für Das Leben» v. Austria*, núm. 10126/1982, §32, de 21 junio de 1988.

[74] Entre otros, casos *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF) v. Reino Unido*, núm. 11002/05, §37, de 27 de febrero de 2007; *Nemtsov v. Rusia*, núm. 1774/11, §72, de 31 de julio de 2014.

[75] Entre otras, SSTC 59/1990, de 29 de marzo; 90/2006, de 27 de marzo; 170/2008, de 15 de diciembre; 37/2009, de 9 de febrero; y 96/2010, de 15 de noviembre.

de la celebración del acto, y que es la que abre en esencia una vía de comunicación entre convocantes y autoridades competentes para resolver las posibles situaciones de confrontación con el orden público y la seguridad ciudadana, la medida de la prohibición habría de aparecer como última ratio tras esos previos procesos de valoración de la tolerancia de los efectos y de la ponderación de intereses afectados, y cuando como resultado de ellos no quepa adoptar medidas equilibradoras entre los frentes afectados y conjuntamente se vea amenazada de forma especial y grave el orden público y la seguridad de personas y cosas.

4. CONCLUSIONES

El derecho de reunión como tal muestra una intrínseca naturaleza dual (titularidad del individuo pero de necesario ejercicio colectivo) y una extrínseca también dualidad en sus facetas de expresión (en ámbitos privados y en espacios públicos) que sin duda marcan la variedad de enfoques jurídicos de abordaje y la diversidad de modelos de regulación del mismo. Su confirmación como derecho humano, y su configuración como pilar básico de funcionamiento de un sistema democrático, por muchos que sean los referentes internacionales y nacionales de acogida, no han evitado los efectos de la posición sumamente delicada e incluso frágil en la que se encuentra el derecho de reunión cuando coincide en el mismo espacio de acción con otros derechos e intereses que son objeto de igual protección y tutela. Como mecanismo de expresión y participación ciudadana que es en suma el derecho de reunión, el mismo sistema democrático que lo erige como valor fundamental es el que impone los posibles límites a su ejercicio. Solo que la expresión de estos límites y las medidas que pueden adoptarse en respuesta a ellos no ha encontrado la misma respuesta o al menos con cierto grado de uniformidad entre las diversas ordenaciones nacionales del entorno mas cercano cual es el europeo. El CEDH posiblemente ha tenido un efecto mas divergente que coincidente en este resultado al eludir cualquier delimitación conceptual del derecho de reunión protegido, más allá de su calificativo de pacífica, y recurriendo de forma complementaria a unas menciones abstractas e indeterminadas para definir los fines legítimos a los que deben responder toda medida restrictiva de su ejercicio que fuera necesaria y prevista en la ley. Esta configuración cubriría todo pero no todo cabe. Cierto es que el CEDH no discrimina el derecho, acogiendo cualquier manifestación o variante en que pueda expresarse una agrupación de personas, de modo que cualquiera de aquellas puede ser objeto de las restricciones apuntadas en el art.11.2 del Convenio. Y también es cierto que tales restricciones han de ser concretadas y definidas por las ordenaciones nacionales de los Estados ratificantes. Pero ni toda reunión es protegida ni toda restricción es admisible conforme al precepto. Y es el TEDH el que se ocupa de definir los márgenes tanto protectores

como limitadores que dispensa el art.11 del Convenio. El propio Tribunal insiste en que no es su función sustituir la acción normativa y judicial propia de cada ámbito nacional, pero sin duda la labor interpretativa desarrolla, al menos en los que al derecho de reunión se refiere, ha conformado un sustrato doctrinal que complementa (cuanto menos) o suple (cuanto más) los criterios definidores y de interpretación que este derecho encuentra en sedes nacionales cuando se ejercita en su faceta de expresión pública, a través de actos de concentración o manifestación en espacios públicos. Posiblemente los primeros, esto es, los criterios definidores del derecho en estas modalidades en especial, no sean tan divergentes de un Estado a otro, considerando la coincidencia mínima en ciertos valores y principios democráticos en el ámbito europeo; pero los segundos, los criterios interpretativos en torno a su ejercicio, sí parecen mostrar menos coincidencia a la luz de los supuestos analizados y resueltos por el TEDH en relación al derecho de reunión, donde los problemas de confrontación con otros derechos e intereses, situados bajo la órbita de la en ocasiones omnímoda noción de orden público, suelen resolverse, con más habitualidad de la aconsejable, con la ineficacia o prohibición de aquél.

La réplica del TEDH ha sido la de ofrecer un claro cuadro de pautas interpretativas que puedan aplicarse aun en las variadas circunstancias de ejercicio del derecho de reunión en espacios públicos, y que se muestran a modo de un claro itinerario de actuación por parte de las autoridades nacionales competentes (ya sean legislativas, administrativas o judiciales): una primera y mínima tolerancia hacia los efectos perturbadores intrínsecos a una agrupación de personas en localizaciones de tránsito público, para pasar en su caso a la adopción de medidas de restricción únicamente de orden legal, cuando así resultara necesario y justificado para la protección de otros derechos e intereses (seguridad de personas y bienes), y previa acreditación de un riesgo real y no meramente potencial de unos u otros para garantizar así la proporcionalidad debida de las actuaciones restrictivas a adoptar, de modo que la medida de prohibición sea la última ratio que fuera posible en atención a las circunstancias existentes.

Desde una perspectiva ya no estática sino dinámica de esta doctrina del TEDH, contemplando su posible proyección en el escenario de ordenación que recibe este derecho en el sistema jurídico español, y de manera particular cuando se ejercita en el ámbito de las relaciones laborales, el resultado analítico no ofrece muchas dudas. Las pautas interpretativas expresadas por el TEDH en relación a actos de ejercicio del derecho de reunión en espacios públicos son de general acogida y coincidencia con las desarrolladas por nuestro TC en la resolución de casos similares en los que el derecho de reunión también se expresa en su faceta pública y por ende sometido a los condicionamientos de restricción y posible prohibición contemplados en la Ley 9/1993. No obstante ello, resultaría necesario reforzar ese grado de tolerancia mínima hacia los efectos perturbadores de un acto de reunión, en el que se insiste desde el TEDH pero al que sin embargo se resisten

las autoridades competentes españolas a la hora de adoptar medidas limitativas, con el fin de que no se vea permanentemente anulado por aquel otro factor de la probabilidad del riesgo al que por el contrario aquellas sí se entregan con mayor habitualidad. Asimismo, resultaría más acorde con los criterios interpretativos y resolutivos del TEDH que desde la práctica judicial española se pusiera mayor enfoque en la proporcionalidad de las medidas restrictivas lo que a su vez exigiría por un lado, un mayor aporte probatorio desde las autoridades competentes acerca de la realidad y no mera eventualidad o probabilidad de riesgo como causa justificativa de una actuación limitativa; y por otro lado, un acreditado esfuerzo también desde aquellas por favorecer la adopción de medidas de menor entidad lesiva sobre el derecho de reunión, habida cuenta de la cierta facilidad con que las autoridades competentes acuden a la prohibición como primera y no última medida posible.

EL DERECHO DE HUELGA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Federico Durán López
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Córdoba

EXTRACTO **Palabras Clave**: Derecho de reunión, contenido, restricciones, orden público

Pese a no estar expresamente reconocido en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el derecho de huelga, que se considera en todo caso amparado por la proclamación del artículo 11 del Convenio del derecho de asociación, y en particular del derecho de asociación y acción sindical, ha sido objeto de interpretación, en lo referente a su regulación en los ordenamientos nacionales y a su compatibilidad con los principios del Convenio, en diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en lo sucesivo). Ninguna duda le suscita al tribunal la extensión de las garantías previstas en el Convenio al derecho de huelga y a su ejercicio.

ABSTRACT **Key Words**: Right to strike, content, lawful restrictions, public order

Despite being not expressly recognized in the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, the right to strike, which is considered in any case covered by the proclamation of article 11 of the Convention on the right of Association , and in particular the right of Association and Trade Union action, has been subject to interpretation, in relation to its regulation in national legal systems and their compatibility with the principles of the Convention in various judgments of the European Court of rights Human (hereinafter ECHR). No doubt raises the extension of the guarantees provided for in the Convention the right to strike and its exercise to the Court.

 Recepción de original: 19.07.2018. Aceptación: 30.07.2018

ÍNDICE

1. Introducción
2. El derecho de huelga y sus limitaciones
3. El arbitraje obligatorio
4. La imposición de procedimientos de mediación o conciliación previos al desarrollo de la huelga
5. Limitaciones del derecho de huelga y prohibiciones de ejercicio
6. La limitación del derecho de huelga de los funcionarios

1. INTRODUCCIÓN

Pese a no estar expresamente reconocido en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el derecho de huelga, que se considera en todo caso amparado por la proclamación del artículo 11 del Convenio del derecho de asociación, y en particular del derecho de asociación y acción sindical, ha sido objeto de interpretación, en lo referente a su regulación en los ordenamientos nacionales y a su compatibilidad con los principios del Convenio, en diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en lo sucesivo). Ninguna duda le suscita al tribunal la extensión de las garantías previstas en el Convenio al derecho de huelga y a su ejercicio. Hay que tener en cuenta que, con mayor o menor amplitud, de manera expresa o por su inclusión en el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga viene consagrado en todos los ordenamientos nacionales de los países firmantes del Convenio, y que el artículo 53 del mismo establece que "ninguna de las previsiones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta parte contratante o a cualquier otro Convenio en el que esta sea parte". El Convenio fija, pues, estándares mínimos, y en ningún caso las limitaciones o restricciones que consagre pueden perjudicar los derechos reconocidos tanto en otros Convenios o acuerdos internacionales como en las normas internas de los Estados miembros[1].

Podemos pues encontrar una "doctrina" del TEDH en relación con el derecho de huelga, o al menos con algunos de los puntos más conflictivos de la regulación del mismo. Regulación para la que, ante todo, hay que precisar que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación, si bien ese margen no es ilimitado y está sujeto a la "supervisión europea". El TEDH insiste en el "amplio margen de apreciación" reconocido a los Estados, ya que, por su conocimiento directo de cada sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales, y

[1] Cfr. Mª Ascensión Martín Huertas, "Las sentencias del TEDH relativas a partidos políticos y a sindicatos", en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 23, julio-diciembre 2010, p. 85 y sigs.

en particular los Parlamentos democráticamente elegidos, están en principio en mejores condiciones que el juez internacional para apreciar lo que es de interés público por motivos sociales o económicos, y cuáles son las medidas legislativas más adecuadas para implantar la política social, económica o industrial elegida[2].

La facultad del TEDH de revisar la legislación interna de los Estados miembros es, pues, limitada. La interpretación y aplicación de las legislaciones nacionales corresponde, en primer lugar, a las autoridades y tribunales nacionales. El TEDH se limita a determinar si los efectos de tal interpretación y aplicación son compatibles con el Convenio[3].

Este planteamiento explica la aceptación por el Tribunal de legislaciones nacionales respecto de las que no dejan de plantearse dudas en cuanto al respeto del contenido esencial del derecho de huelga. Así sucede, por ejemplo, como veremos más adelante en relación con la prohibición total por parte del ordenamiento británico de las huelgas de solidaridad. El Tribunal dice que no se le han aportado argumentos para convencerle de que el Parlamento del Reino Unido carecía de suficientes razones políticas y fácticas para considerar que la prohibición de huelgas de solidaridad era "necesaria en una sociedad democrática"[4].

Vamos a ver seguidamente los puntos esenciales de la doctrina sobre el derecho de huelga del TEDH.

2. EL DERECHO DE HUELGA Y SUS LIMITACIONES

Como principio general, el Tribunal admite que los Estados pueden imponer "restricciones legítimas" al ejercicio de los derechos sindicales, sin por ello cuestionar el derecho de libertad sindical. Por ello, también, la regulación del ejercicio del derecho de huelga por parte de los Estados miembros puede imponer restricciones y limitaciones a dicho ejercicio e incluso la prohibición total, para determinados colectivos, del ejercicio del derecho. El principio de libertad sindical puede ser compatible, dice el Tribunal, con la prohibición del derecho de huelga[5]. No siendo el de huelga un derecho garantizado por el artículo 11 del Convenio, puede ser sometido por la ley nacional a una regulación que limite su ejercicio[6]. Y esta doctrina general la ha precisado el Tribunal en relación con

[2] Sentencia del TEDH de 8/4/2014 (cuarta sección), Rec. 31045/10, Unión Nacional de trabajadores de ferrocarril, marítimo y transporte v. Reino Unido.

[3] Sentencia del TEDH de 27/11/2014 (sección primera), Rec. 36701/09, Sindicato Médico v. Croacia.

[4] Sentencia del TEDH de 8/4/2014, citada.

[5] Sentencia del TEDH de 21/04/2015 (sección tercera), Rec. 45829/09, ERNE v. Reino de España.

[6] Sentencia del TEDH de 2/2/1976, Rec. 5589/72, Schmidt y Dahlstrom. El Convenio, dice el Tribunal, garantiza el derecho de huelga solo sometido a tal regulación nacional, así como a otras restricciones compatibles con el Convenio.

determinadas modalidades de huelga, en relación con determinados grupos de trabajadores o funcionarios, y en relación con los procedimientos impuestos tanto para el ejercicio del derecho como para la búsqueda de solución al conflicto subyacente (mediación, conciliación y arbitraje).

Antes de entrar en el análisis de esas precisiones, hemos de indicar los pilares en los que se asienta, con alcance general, la doctrina del Tribunal.

Las limitaciones o "injerencias" en el ejercicio del derecho de huelga han de respetar, para ser conformes al Convenio, tres requisitos, constantemente enunciados por el Tribunal en diversas sentencias:

1. Han de estar *previstos por ley.*

2. Han de responder a uno o varios *fines legítimos.*

3. Las medidas en que se concreten han de resultar *necesarias en una sociedad democrática* para alcanzar los fines pretendidos. Dentro de este requisito, al test de necesidad que comporta se acompaña el *test de proporcionalidad*, de tal forma que las regulaciones estatales han de respetar una adecuada proporcionalidad entre la protección de las finalidades perseguidas con las medidas restrictivas del derecho de huelga y la tutela y protección también de este.

La Sentencia de 8 de agosto de 2015 ha sistematizado, de manera más completa que otras, el alcance y significado de estos requisitos[7].

Así, la exigencia de que la limitación del derecho de huelga esté prescrita por ley, se aclara en el sentido de que ha de contenerse en ley que resulte accesible a las personas interesadas y debe de formularse con la precisión suficiente para permitirles, con el asesoramiento adecuado si es necesario, prever, con un grado que resulte razonable en las circunstancias del caso, las consecuencias que una determinada acción puede implicar, y adecuar a ello su conducta. La ley, pues, ha de estar formulada con la suficiente claridad y precisión.

El objetivo legítimo a perseguir con la restricción del derecho de huelga ha de consistir en la protección tanto de intereses públicos como de intereses de otros sujetos, incluido entre ellos el empleador. Hemos de destacar, pues, que no solo se trata de la protección de la salud pública, de la seguridad pública, del medio ambiente, etcétera, sino que también los intereses del empleador pueden justificar, en su protección, la limitación del derecho de huelga.

Y, por último, la medida restrictiva del derecho ha de ser necesaria en una sociedad democrática y respetar el principio de proporcionalidad. La huelga es el instrumento más poderoso en los conflictos laborales, pero también el más radical, por lo que cabe imponerle condicionamientos y restricciones siempre que no resulten desproporcionados.

En esta misma línea, el TEDH había ya sostenido que la exigencia de que las limitaciones del derecho de huelga estuviesen previstas por la ley no implica solo que

[7] Sentencia del TEDH de 8/8/2015 (sección primera), Rec. 15557/10, Unión Comercial de la Fábrica 4 de noviembre v. República de Macedonia.

las medidas a través de las que se imponen tales limitaciones deben tener alguna base legal en el derecho interno, sino que también se refiere a la *calidad* de la norma en cuestión. La ley, nos dice el Tribunal[8], debe ser accesible a las personas interesadas y formularse con suficiente precisión para permitirles, con el asesoramiento adecuado de ser necesario, prever las consecuencias que, en atención a las circunstancias concurrentes, una determinada acción puede acarrear. Cuando las normas legales aplicables no son suficientemente claras y previsibles, existiendo una cierta confusión normativa, el Tribunal no admite que la limitación del derecho de huelga pueda considerarse que respeta la exigencia de que venga prevista por ley[9].

3. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO

En una interesante decisión, el TEDH aborda el tema del arbitraje obligatorio y la compatibilidad de su imposición con el respeto del contenido esencial del derecho de huelga[10]. En concreto, el análisis parte del interrogante de si cabe la imposición de un arbitraje obligatorio por razones puramente económicas. Esto es, si, sin estar en presencia de la prestación de un servicio esencial, las razones económicas pueden fundar la restricción del derecho de huelga mediante la imposición de un arbitraje obligatorio para resolver el conflicto subyacente a la misma. En el caso analizado, teniendo en cuenta las consecuencias que hubiera acarreado la realización del paro previsto (en plataformas marinas para la extracción de petróleo y gas), tanto desde el punto de vista de la protección de la seguridad pública y de la salud, así como en atención a las consecuencias medioambientales y económicas de la paralización de las instalaciones (con necesidad de un nuevo "arranque" posterior de las mismas), el Tribunal considera que la imposición del arbitraje obligatorio supera el triple test de la previsión legal de la medida, la persecución a través de ella de intereses legítimos y su necesidad en una sociedad democrática (así como su proporcionalidad).

Ahora bien, dice el Tribunal que su decisión no debe interpretarse en el sentido de que un sistema de arbitraje obligatorio para poner fin a huelgas legales deba considerarse proporcionado en todos los casos en que se fundamente en razones económicas (en las consecuencias de la presión económica que se viene ejerciendo con la huelga). En el caso analizado, se afirma, concurren circunstancias específicas y excepcionales. La interrupción de las actividades afectadas por la huelga hubiera tenido repercusiones inmediatas y muy graves en la red de distri-

[8] Sentencia del TEDH de 2/10/2014 (sección quinta), Rec. 48408/12, Veniamin Tymoshenko y otros v. Ucrania.

[9] La condena a Ucrania, en la sentencia citada en la Nota precedente, se basó en la inexistencia de una legislación suficientemente clara y previsible.

[10] Sentencia del TEDH de 27/6/2002 (sección tercera), Rec. 38190/97, Federación de sindicatos de trabajadores marítimos v. Noruega.

bución internacional de petróleo y gas. Hubiera producido un daño significativo en las instalaciones técnicas y hubiera tenido consecuencias medioambientales. Y el daño y las consecuencias eran perfectamente previsibles si se hubiesen detenido por completo las instalaciones productivas durante un periodo prolongado.

El TEDH tiene en cuenta también (y esto es importante si se piensa en otros conflictos recientes, como el de los controladores aéreos o los estibadores portuarios) el altísimo nivel salarial existente en el sector, en comparación con los de otros sectores. Todo ello le lleva a la conclusión de que la imposición del arbitraje no fue desproporcionada, por cuanto no se produjo (y esta no deja de ser una afirmación sorprendente a la vista de las argumentaciones del Tribunal) por razones puramente económicas. El Tribunal considera que la decisión de imponer el arbitraje estuvo respaldada por razones pertinentes y suficientes, apreciando pues la existencia de una proporcionalidad razonable entre la afectación de los derechos sindicales que conlleva la medida y la protección de los legítimos objetivos perseguidos por la misma.

4. LA IMPOSICIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIOS AL DESARROLLO DE LA HUELGA

En relación con los procedimientos exigidos para el ejercicio del derecho de huelga, en particular cuando se imponen previamente a dicho ejercicio procedimientos de conciliación o de mediación, el Tribunal sienta el principio de proporcionalidad ya mencionado. Así, un procedimiento que impida el ejercicio del derecho de huelga por más de tres años (tres años y ocho meses en el caso), no se considera proporcional, y su imposición, aunque pretenda fundarse en la protección del principio de paridad (entre los distintos sindicatos) en la negociación colectiva, asegurando la participación de otros sindicatos en ella, constituye una vulneración del derecho de huelga consagrado en el Convenio.

En ausencia de circunstancias excepcionales, el Tribunal encuentra difícil aceptar que mantener el principio de paridad en la negociación colectiva sea un objetivo legítimo que pueda justificar la privación a un sindicato de la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga durante más de tres años, siendo tal derecho el instrumento más poderoso con que cuentan los sindicatos para proteger los intereses laborales de sus miembros[11]. La duración excesiva de los procedimientos

[11] Sentencia del TEDH de 27/11/2014 citada. La lectura de esta sentencia, y de su voto discrepante, es muy interesante, por cuanto se pone de manifiesto cómo el Tribunal aprecia la vulneración del derecho de huelga en función de las circunstancias concurrentes, pero no cuestiona, lo que reprocha el voto particular discrepante, la regulación del derecho de huelga en el ordenamiento interno croata, regulación muy restrictiva (que parte del principio de que solo se permite el recurso a la huelga si su objetivo es la conclusión o revisión de un convenio colectivo. La huelga se concibe solo en el seno de un conflicto de intereses, y sirve para proteger los intereses de los trabajadores pero no sus derechos) y dudosamente compatible con el respeto del contenido esencial del derecho de huelga.

impuestos al ejercicio del derecho de huelga constituye, pues, una injerencia en el mismo que no resulta justificada ni proporcionada al objetivo legítimo que a través de tales procedimientos se persigue.

La conciliación previa obligatoria, dice el Tribunal en otra de sus sentencias, busca garantizar la solución autónoma de los conflictos laborales con anterioridad al desencadenamiento de la huelga. Así, una conciliación obligatoria de quince días, impuesta por convenio colectivo, no debe considerarse desproporcionada[12].

Y el no respeto de los procedimientos establecidos justifica, por otra parte, para el Tribunal, la imposición de sanciones. Si el derecho se ejerció sin el "debido respeto" a los derechos e intereses del empleador, por no respetarse los procedimientos legalmente establecidos, la imposición de una sanción disciplinaria no puede considerarse desproporcionada ni atentatoria al derecho de huelga[13].

5. LIMITACIONES DEL DERECHO DE HUELGA Y PROHIBICIONES DE EJERCICIO

El Tribunal parte de que el derecho de huelga no es un derecho absoluto y puede por tanto estar sujeto, en su ejercicio, a ciertas condiciones y ser objeto de ciertas restricciones, que pueden llegar, incluso, en determinados supuestos a la prohibición total de ejercicio del derecho de huelga. El tribunal no se opone a estas limitaciones, si bien exige que se cumpla el triple requisito, que ya analizamos, de su previsión legislativa, de la persecución de objetivos legítimos y de la necesidad (y proporcionalidad) en una sociedad democrática[14].

Dentro de las limitaciones del ejercicio del derecho de huelga, una curiosa sentencia del TEDH avala una normativa nacional en virtud de la cual la aplicación retroactiva de determinados beneficios pactados tras el desarrollo de una huelga se niega a los trabajadores que hubiesen participado en ella o estuviesen afiliados a uno de los sindicatos convocantes (aun sin haber sido llamados a la huelga o sin haberla secundado). La aplicación de la regla existente en el derecho sueco conforme a la cual "la huelga destruye la retroactividad", no se considera por el Tribunal atentatoria del derecho de huelga ni discriminatoria para los trabajadores afectados. Tampoco acepta el Tribunal la alegación de que la aplicación de esa regla resultaría disuasiva del ejercicio del derecho de huelga ni de la afiliación sindical. El Tribunal considera legítima la aplicación del principio de destrucción de la retroactividad por la huelga y considera que no tiene ninguna razón para creer que el Estado, a través de dicho principio, persiguiese otros propósitos abusivos. Y la aplicación del principio se lleva a tal extremo que la pér-

[12] Sentencia del TEDH de 8/8/2015, citada.

[13] Sentencia del TEDH de 20/10/2010 (sección quinta), Rec.4241/03, Trofimchuk v. Croacia.

[14] Sentencias del TEDH de 21/4/2015 y de 2/10/2014, citadas.

dida de la retroactividad se admite incluso para trabajadores que no secundaron la huelga que provoca dicha pérdida porque no estaban convocados a la misma, si bien estaban afiliados al sindicato convocante. Aunque no participasen en la huelga, considera el Tribunal que le prestaban, por su afiliación sindical, "apoyo financiero y psicológico", a diferencia de lo que ocurre con los no afiliados o con los afiliados a sindicatos no convocantes de la huelga[15].

Particular importancia reviste el tratamiento que hace el Tribunal de la prohibición de las huelgas de solidaridad en el derecho inglés. La prohibición total de las huelgas de solidaridad en el mismo plantea su compatibilidad con el mandato del artículo 11 del Convenio. Para el Tribunal, en principio, debe considerarse que las huelgas de solidaridad forman parte de la actividad sindical contemplada y protegida por el artículo 11. Por tanto, su prohibición ha de someterse al triple test de compatibilidad con el Convenio que hemos anteriormente expuesto. Salvada la exigencia de la previsión legal, el análisis del Tribunal se centra en los otros dos requisitos, considerando al respecto el Tribunal que la prohibición impuesta por el Parlamento británico persigue un objetivo legítimo, cual es el de proteger los derechos y libertades de los demás, ya que tales huelgas pueden tener ramificaciones mucho más amplias y tienen el potencial de vulnerar los derechos de las personas que no son parte en la disputa industrial, así como pueden causar graves trastornos en la economía y afectar también a la prestación de servicios al público. La protección de terceros es pues un objetivo legítimo que justifica la prohibición de las huelgas de solidaridad.

En cuanto al tercer requisito, si la prohibición es proporcionada, y las razones aducidas para sostenerla son suficientes y pertinentes, el Tribunal afirma que el derecho de huelga no implica un derecho a prevalecer y sostiene que si la restricción legislativa de que se trate afecta al "núcleo de la actividad sindical", el margen de apreciación del legislador nacional es menor y mayor es la carga de la prueba de la justificación de la proporcionalidad de la medida. Mientras que si lo afectado es un aspecto secundario o accesorio de la actividad sindical, el margen de apreciación es más amplio y la interferencia en el derecho de huelga es, por su naturaleza, más proporcional en cuanto a sus consecuencias.

La prohibición de las huelgas de solidaridad no se puede decir que afecte a la esencia misma de la libertad de asociación (al núcleo esencial de la libertad sindical), por lo que el margen de actuación reconocido al legislador nacional debe ser más amplio. Es cierto que en el tratamiento de las huelgas de solidaridad el Reino Unido se sitúa en una posición extrema (la prohibición absoluta), frente a lo que sucede en otros Estados y a lo que se sienta en la doctrina de otros organismos internacionales, pero en atención a la situación del Reino Unido y a su legislación, no controvertida pese a los cambios políticos durante más de veinte años, cabe llegar a la conclusión de que el interés público más amplio es mejor

[15] Sentencia del TEDH de 6/2/1976, Rec. 5589/72, Schmidt y Dahlström v. Suecia.

atendido en dicho país mediante la prohibición legal de las huelgas de solidaridad dado el contexto político, social y económico de las relaciones laborales, y que las autoridades nacionales se basan en razones que han de considerarse tanto relevantes como suficientes a efectos del artículo 11 del Convenio. El que las medidas restrictivas se impongan en una ley, con carácter general (sin atención a las circunstancias concurrentes), no va de por sí contra el principio de proporcionalidad. Y el Tribunal concluye afirmando que no puede pensarse que el Parlamento del Reino Unido careciera de suficientes razones políticas y fácticas para considerar que la prohibición de las huelgas de solidaridad resultaba necesaria en una sociedad democrática[16].

6. LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS

Por último, hemos de prestar atención al tratamiento específico de las limitaciones del derecho de huelga de los funcionarios. Limitación que puede llegar, en su caso, a la prohibición total del ejercicio del derecho, que por sí, como ya indicamos, no debe considerarse contraria al reconocimiento de derecho de libertad sindical.

Para el Tribunal, el artículo 11,2 del Convenio no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de los derechos sindicales por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la policía o de la administración del Estado. El principio de libertad sindical, añade el Tribunal, puede ser compatible con la prohibición del derecho de huelga para los funcionarios que ejerzan funciones de autoridad en nombre del Estado. En concreto, cuando se trata de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que engloban tanto las relaciones de carácter civil como las de carácter armado, la finalidad legítimamente perseguida con la restricción (prohibición) del derecho de huelga es la defensa del orden, teniendo en cuenta las funciones específicas encomendadas a estos cuerpos de policía y las eventuales consecuencias que tendría la interrupción de sus actividades.

La restricción, subraya el Tribunal (con referencia a la legislación española, contenida en la Ley Orgánica 2/86), no se refiere al conjunto de los funcionarios públicos sino a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, en su condición de garantes del mantenimiento de la seguridad pública. Esta restricción no va más allá de lo necesario en una sociedad democrática, en la medida en que permite preservar los intereses generales del Estado y, en particular, garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa del orden.

En conclusión, la prohibición total del derecho de huelga a los policías no es contraria a la Carta Social y a la Jurisprudencia correspondiente. Y tampoco

[16] Sentencia del TEDH de 8/4/2014, citada.

resulta vedada por el Convenio ni por la doctrina del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos[17].

Para el resto de los funcionarios, la admisión del derecho de huelga exige el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. La misión principal de los funcionarios es el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales. Misión que ha de conjugarse con el respeto del derecho de libertad sindical, que puede verse condicionado o matizado, pero no restringido totalmente. "En concreto, la supresión total del ejercicio del derecho de huelga para estos sujetos impediría la posibilidad de legítima defensa de sus intereses profesionales, por lo que se deben admitir, siempre y cuando queden suficientemente garantizados los servicios esenciales de los que deben disfrutar los particulares"[18]

[17] Sentencia del TEDH de 21/4/2015, citada.

[18] Cfr. Martin Huertas, op.cit., con referencia a tres sentencias del TEDH relativas a demandas interpuestas contra Turquía.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)
Universidad de Granada

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Contratado Predoctoral FPU del MECD
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

"La dependencia y la vulnerabilidad no son una desviación, sino elementos naturales e inevitables"
M.A. Fineman [*]

EXTRACTO **Palabras Clave**: Discriminación, derechos fundamentales, garantía multinivel, trabajo decente, CEDH, TEDH, TJUE

En este texto se estudia profundamente la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH desde el ámbito laboral. A través del diálogo jurisprudencial mantenido por el TEDH y el TJUE se analiza la discriminación por razón de género o sexo; discapacidad; edad; raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional; nacionalidad; origen social, nacimiento y propiedad o fortuna; lengua; religión o creencia; y opiniones políticas o de otra índole. En este orden discursivo es inevitable referirse a la indivisibilidad y garantía multinivel de los derechos fundamentales y al trabajo decente.

ABSTRACT **Key Words**: Discrimination, fundamental rights, multilevel guarantee, decent work, ECHR, ECHR, CJEU

This text studies deeply the prohibition of discrimination of the article 14 of the ECHR from a labour point of view. It is analyses through the jurisprudential dialogue maintained by the ECHR and the CJEU the discrimination because of gender or sex; disability; age; race; ethnic origin; colour and association with a national minority; nationality; social origin; birth and property; language; religion or faith; and political or other opinion. It is unavoidable in this discursive order to refer to the indivisibility and multilevel guarantee of the fundamental rights and to the decent work.

[*] Fineman, M.A., "Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics", in Fineman, M.A. and Grear, A.: *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate Publishing Ltd, Surrey (England)/Burlington (USA), 2013, págs. 13-27, en particular, pág. 18.

 Recepción de original: 29.06.2018. Aceptación: 30.07.2018

ÍNDICE

1. La prohibición de discriminación
2. La prohibición de discriminación en el ámbito laboral: la jurisprudencia del TJUE y TEDH
   2.1. La discriminación por razón de género o sexo
   2.2. La discriminación por razón de discapacidad
   2.3. La discriminación por razón de edad
   2.4. La discriminación por razón de raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional
   2.5. La discriminación por razón de nacionalidad u origen nacional
   2.6. La discriminación por razón de origen social, nacimiento y propiedad o fortuna
   2.7. La discriminación por razón de lengua
   2.8. La discriminación por razón de religión o creencia
   2.9. La discriminación por razón de opiniones políticas o de otra índole
3. El test de idoneidad, el test de indispensabilidad o estricta necesidad y el test de proporcionalidad: el juicio general de proporcionalidad aplicable al caso de discriminación por edad de jubilación
4. Cambio jurisprudencial del TJUE en la discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos por las indemnizaciones que reciben al terminar su contrato de trabajo
   4.1. Asunto Montero Mateos
   4.2. Asunto Grupo Norte Facility
5. Indivisibilidad y garantía multinivel de los derechos fundamentales y el trabajo decente. 6. Reflexiones críticas: hacia un nuevo modelo de trabajo decente

1. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La prohibición de la discriminación se encuentra recogida en el artículo 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, al garantizar el goce de los derechos y libertades de ésta misma normativa sin distinción alguna. Concretamente establece el citado precepto lo siguiente: "*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*".

El CEDH, de manera distinta a otras normativas internacionales, no se refiere al principio de igualdad ni tampoco a una prohibición general de discriminación;

lo que este texto normativo hace en su artículo 14 es introducir una prohibición de discriminación de los derechos reconocidos por el propio CEDH. Este precepto no tiene vida autónoma sino vinculada al ejercicio de los derechos y libertades que se reconocen propiamente en el CEDH y en sus Protocolos.

La no existencia del principio de igualdad en este texto normativo ha permitido que el TEDH se haya aferrado a una concepción formal entendiendo este precepto como una obligación negativa: los Estados deben abstenerse de garantizar los derechos del CEDH de forma discriminatorio pero no se encuentran obligados a tomar medidas que garanticen la igualdad[1]. Es por este motivo por lo que se ha calificado a este precepto como un artículo de segunda[2] o por el TEDH como un precepto "accesorio". Además, los derechos y libertades reconocidas de este precepto que prohíbe la discriminación queda enunciado a través de una fórmula cada vez más utilizada en derecho: mediante el uso de los conceptos jurídicos indeterminados que obtienen su concreción a través de la aplicación del convenio al caso concreto –por ello, en el siguiente epígrafe, realizamos un detenido estudio jurisprudencial de los tribunales europeos–.

El TEDH ha interpretado de manera constante la noción de discriminación en su jurisprudencia relativa al artículo 14 del CEDH. Esta jurisprudencia ha destacado, en particular, que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivaldrían a una discriminación: una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido[3].

Además, conviene mencionar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, se deja cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar si las diferencias entre situaciones a otros efectos análogos justifican distinciones de trato jurídico y en qué medida[4]. En efecto, la amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto[5].

Así, por ejemplo, el artículo 14 del CEDH no prohíbe a un Estado miembro tratar unos grupos de manera diferenciada para corregir "*desigualdades efectivas*" entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, es la ausencia de un tratamiento diferenciado para corregir la desigualdad la que puede, en ausencia de una

[1] Mestre I Mestre, R. M., "Prohibición de discriminación general", en AA. VV., *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa* (C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2017, p. 292.

[2] O´Connel, R., "Cinderella comes to the Ball: Art. 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", en AA. VV., *Legal Studies: the journal of the Society of Legal Scholar*, 2009. O´Hare, U., "Enhancing European Equality Rights: a new regional Framework", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001.

[3] STEDH 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*.

[4] STEDH 3 de abril de 2012, *Manzanas Martín contra España*.

[5] STEDH 28 de noviembre de 1984, *Rasmussen contra Dinamarca*.

justificación objetiva y razonable, dar lugar a una violación de la disposición en cuestión[6].

Del mismo modo, se reconoce un amplio margen de apreciación al Estado para tomar medidas de carácter general en materia económica o social. En efecto, dado el conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para determinar cuál es el interés público en materia económica o en materia social. Es por ello que el TEDH respeta, inicialmente, la manera en que el Estado define las exigencias del interés público, a excepción de que su decisión se revele manifiestamente carente de un fundamento razonable[7].

En este mismo sentido el Protocolo nº. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales garantiza la prohibición de discriminación al disponer: "*1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1*" –artículo 1 del Protocolo–.

La lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 del Protocolo es idéntica a la del artículo 14 del CEDH. Esta solución se ha considerado preferible a otras opciones, como la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales –por ejemplo, la minusvalía física y psíquica, la orientación sexual, la edad–: lo anterior se debe a que la inclusión de otros motivos que pudieran darse en las sociedades actuales y que han adquirido una importancia particular frente a la época en la que se redactó el propio artículo 14 del CEDH, no es relevante a efectos jurídicos pues la lista de motivos de discriminación del artículo 1 del CEDH no es exhaustiva[8].

El artículo 1 del Protocolo prevé una cláusula general de no discriminación y, de este modo, el alcance de la protección que ofrece va más allá del goce de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. En particular, el alcance de la protección adicional en virtud del artículo 1 del Protocolo se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación:

i) en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional;

[6] STEDH 6 de abril de 2000, *Thlimmenos contra Grecia*.

[7] STEDH 23 de octubre de 1997, *Nacional y Provincial Edificio Society, Leeds Permanente Edificio Society y Yorkshire Edificio Society contra Reino Unido*.

[8] Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000.

ii) en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional; es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera;

iii) por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional;

iv) debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas.

Además, conviene tener presente también que la distinción entre las categorías i) a iv) no es neta, y que los sistemas jurídicos nacionales pueden tener distintos enfoques para determinar si un caso concreto entra en una u otra de esas categorías.

Lo cierto es que un Protocolo adicional al CEDH, que, por esencia, enuncia derechos individuales justiciables formulados de manera concisa, no constituye un instrumento apropiado para definir los distintos elementos de una obligación tan amplia, de carácter programático. Por ello existen reglas específicas y más detalladas en el marco de convenios distintos, exclusivamente dedicados a la eliminación de la discriminación por las razones particulares a que se refieren esos convenios –por ejemplo, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ambos elaborados en el marco de las Naciones Unidas–.

En este mismo sentido localizamos diversas Directivas que versan sobre los diferentes tipos de discriminación:

- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva pretende establecer un marco común mínimo en el ámbito del empleo y la ocupación. Se prohíben aquí tanto las discriminaciones directas como indirectas en las condiciones de acceso al trabajo y la formación profesional, de empleo y ocupación, y de inscripción y participación en organizaciones patronales, sindicales u otras profesionales.

- La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta Directiva completa y refuerza las disposiciones de los países de la Unión Europea al referirse a la discriminación directa e indirecta que veremos a continuación.

- La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de

julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Asimismo, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (del año 2000) establece lo siguiente: "*1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados*".

En relación con la prohibición de discriminación, a nivel internacional encontramos los siguientes textos normativos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDESC); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (CIEDR); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (CEDAW); la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD).

Dentro del TFUE, entre otros muchos artículos, destacan los artículos 10, 18 y 19. De acuerdo con el artículo 10, "*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*". Conforme el artículo 18, "*en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*". Y en el artículo 19, "*sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*".

Dentro de las discriminaciones podemos diferenciar dos tipos: la directa y la indirecta. De acuerdo con la Directiva 2000/78/CE existirá discriminación directa

cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

En la discriminación directa se requiere de un trato menos favorable respeto a otra persona que se halle en situación similar. Por tanto, aunque no siempre es así, es necesario un elemento de comparación: una situación similar. En este sentido, "*cuando las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única fuente, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato*". Por tanto, no existirá discriminación directa cuando el trabajo y la retribución de los trabajadores no pueden compararse[9]. Sin embargo, sí existe discriminación directa cuando la legislación nacional no reconoce la pensión de jubilación, "*por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer*"[10].

Pero también existe discriminación directa sin necesidad de referencia comparativa cuando el empresario decide no contratar a una mujer por el embarazo. Al hilo de lo comentado procede señalar que "*la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo. Ahora bien, hay que considerar que la denegación de contratación debida a las consecuencias económicas de la baja por maternidad se basa esencialmente en el embarazo. Esta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad*". En efecto, un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres cuando se niega a celebrar

[9] STJUE 13 de enero de 2004, *Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros*, Asunto C-256/01.

[10] STJUE 27 de abril de 2006, *Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, Asunto C-423/04.

un contrato de trabajo con una candidata que se había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, "*cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad*"[11].

No solo existe discriminación cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también cuando personas que se encuentran en situación diferente reciben el mismo trato. En efecto esta forma de discriminación se le conoce como indirecta.

Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja. Por ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia europea, existirá discriminación indirecta "*cuando una disposición o normativa (nacional), a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón del sexo*". Y así, "*se puede hablar de discriminación si, de hecho, este régimen afecta a un número mayor de mujeres que de hombres*". Del caso enjuiciado parece verosímil que se trata, a primera vista, de una discriminación indirecta cuando "*de las estadísticas se desprende que muchas más mujeres que hombres trabajan a tiempo parcial, de manera que, sobre todo, las funcionarias se ven afectadas por la reducción de pensión*", sin que pueda justificarse sobre la base de factores objetivos que no tienen nada que ver con la discriminación por razón del sexo[12]. Por tanto, aunque la normativa sea neutral sobre el cálculo de las pensiones al aplicarse a todos los empleados a tiempo parcial, al afectar a una mayoría imperante de mujeres, el efecto de la norma perjudica a las mujeres respecto a los hombres, lo que confirma que existe discriminación indirecta –salvo que la misma pueda ser justificada objetivamente–. Sin embargo, no existirá discriminación indirecta cuando, de acuerdo con el convenio colectivo controvertido, "*el cómputo de los períodos de escolaridad y el alargamiento del plazo de ascenso de nivel en el primer nivel de la tabla salarial, se aplica del mismo modo a todos los trabajadores que soliciten el cómputo de tales períodos, incluidos, con carácter retroactivo, los trabajadores que ya hayan alcanzado los niveles superiores*"[13]. Lo anterior por no existir una diferencia de trato indirecto.

[11] STJUE 8 de noviembre de 1990, *Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Asunto C-177/88. En el mismo sentido, STJUE 14 de julio de 1994, *Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Asunto C-32/93.

[12] STJUE 23 de octubre de 2003, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main*, Asunto C-4/02; y *Silvia Becker contra Land Hessen*, Asunto C-5/02.

[13] SJTUE 21 de diciembre de 2016, *Daniel Bowman contra Pensionsversicherungsanstalt*, Asunto C-539/15.

Por último, en la normativa de España, la discriminación aparece asociada a la igualdad. En efecto, el artículo 14 CE establece lo siguiente: "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*".

La igualdad como equiparación es consecuencia de la consideración jurídica de todos los seres humanos como iguales. En efecto, el artículo 14 del CEDH dispone que "*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna*". Esta prohibición de discriminación protege a todos los seres humanos que están bajo la jurisdicción de los Estados miembros y no solamente a los ciudadanos europeos[14].

2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y TEDH

El artículo 14 CEDH establece que no deberá discriminarse por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Estos últimos términos –"*cualquier otra situación*"– permiten a los tribunales europeos introducir otro tipo de discriminaciones como la discapacidad, edad u orientación sexual[15]. No se trata, por tanto, de una lista cerrada y exhaustiva o *numerus clausus.*

Además, el CEDH no prohíbe cualquier diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos Adicionales, sino solo aquellas distinciones que no posean una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, la respuesta de los supuestos que no poseen fundamentación objetiva y razonable nos obliga a indagar por la jurisprudencia de los órganos judiciales garantes del CEDH. Por tanto, veamos a continuación cada uno de los supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14 del CEDH a través de la jurisprudencia europea.

[14] Monereo Atienza, C., "Principio de no discriminación", en AA. VV., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, (C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2012, p. 469; *Ibid.,* en una perspectiva general, *Universos de dignidad,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 59 y sigs. También Velasco Portero, M.T.: "La adaptación del ordenamiento jurídico español a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de discriminación", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 127 (2017), págs. 145 y sigs.

[15] AA. VV., *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 91.

2.1. La discriminación por razón de género o sexo

Analizando la discriminación laboral entre los hombres y mujeres, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones: en una situación en la que un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos desempeña un empleo en jornada compartida –cada trabajador realiza el 50% del trabajo cobrando cada uno de ellos la misma proporción–, el tribunal europeo se opone a una normativa conforme a la cual "*a los trabajadores a tiempo compartido que acceden a un empleo en jornada completa se les atribuye un grado de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada completa inferior al de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada compartida que tenían anteriormente, debido a que el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado, a menos que dicha normativa esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo*"[16]. En efecto se trataba de un caso en el que se localizaba discriminación indirecta por razón de género al ser mayoritarias las mujeres que participaban en el programa de trabajo compartido, sin que se considere un razonamiento jurídico objetivo el principio de aplicar el ascenso de nivel en función de los años de permanencia real en la función pública.

Típico caso de discriminación por razón de sexo es el referido a la desigualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, "*para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo*".

Al hilo de los argumentos comentados, y aplicado a un supuesto de discriminación indirecta de docentes empleadas a tiempo parcial frente a docentes a tiempo completo, el TJUE ha establecido lo siguiente: "*aunque esa retribución sea igual en la medida en que el derecho a la retribución de las horas extraordinarias sólo se adquiere al superar las tres horas extraordinarias de trabajo, ya se trate de profesores a tiempo parcial o a tiempo completo, procede señalar que*

[16] STJUE 17 de junio de 1998, *Hill y Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance*, Asunto C-243/95.

tres horas extraordinarias representan una carga de trabajo mucho mayor para los profesores a tiempo parcial que para los que trabajan a tiempo completo. En efecto, si un profesor a tiempo completo tiene que trabajar tres horas más, aparte de sus 98 horas mensuales de trabajo, o sea, un aumento de cerca del 3 %, para recibir una retribución de esas horas extraordinarias, un profesor a tiempo parcial debe trabajar tres horas más, aparte de sus 60 horas mensuales de trabajo, es decir, un aumento del 5 %. Dado que para los profesores a tiempo parcial el número de horas extraordinarias de clase que le dan derecho a una retribución no se reduce de manera proporcional a su tiempo de trabajo, existe pues un trato desigual de estos profesores frente a los profesores a tiempo completo, por lo que respecta a la retribución de sus horas extraordinarias de clase"[17]. Por tanto, existe discriminación cuando todos los trabajadores deben efectuar un mínimo de tres horas lectivas mensuales fuera de su tiempo individual de trabajo para tener derecho a una retribución en concepto de horas extraordinarias, lo que no es proporcional para los trabajadores a tiempo parcial.

En este sentido, y sobre la carga de la prueba, es interesante lo que el TJUE ha dispuesto: "*por regla general, corresponde al trabajador que se considera víctima de una discriminación probar que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto y que, en realidad él realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al que efectúa su compañero de referencia; el empresario tendrá entonces la posibilidad no sólo de negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplen en su caso, sino también de invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, para justificar la diferencia de retribución señalada*"[18]. En otros términos, y aplicado al caso concreto, a la reclamante solo le corresponde demostrar que recibe una retribución inferior a la de su compañero y que realiza un trabajo de igual valor, lo que será suficiente para crear la presunción del trato diferente por razón de género.

El principio de igualdad de retribución no sólo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Al hilo de lo comentado, es necesario considerar que existe desigualdad de trato siempre que la retribución que se paga a los trabajadores a jornada completa sea más elevada, a igualdad de horas trabajadas en virtud de una relación de trabajo por cuenta

[17] STJUE 27 de mayo de 2004, *Edeltraud Elsner-Lakeberg contra Land Nordrhein-Westfalen*, Asunto C-285/02.

[18] STJUE 26 de junio de 2001, *Brunnhofer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Asunto C-381/99.

ajena, que la que se abona a los trabajadores a tiempo parcial. En el asunto a resolver, la empleada que trabaja a tiempo parcial, "*percibe una retribución que, a igualdad de horas efectuadas, es inferior a la que se paga a un profesor que ejerce su actividad a jornada completa, respecto de las horas que realizó fuera de su tiempo individual de trabajo y hasta el límite de la duración ordinaria del trabajo a jornada completa. De esta forma, un profesor a tiempo parcial cuyo tiempo individual de trabajo es de 23 horas lectivas semanales, al realizar 3,5 horas lectivas fuera de ese tiempo de trabajo, percibe una retribución inferior a la que obtiene un profesor a jornada completa por realizar 26,5 horas lectivas*". En consecuencia, se "*produce una diferencia de trato entre estas dos categorías de funcionarios en detrimento de los que trabajan a tiempo parcial*". A lo anterior se le une que entre los trabajadores a los que se aplica dicha normativa está "*afectado un porcentaje considerablemente más elevado de trabajadoras que de trabajadores*"; y que la diferencia de trato no está justificada "*por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo*"[19].

Por otro lado, y como es obvio, para el TJUE no existe discriminación por razón de edad ni discriminación por razón de sexo, cuando existe abuso de derecho por parte del candidato-demandante. En efecto, desde el principio, se desprende que el trabajador presentó su candidatura a un puesto en prácticas con la única finalidad de no de obtener dicho puesto sino sólo "*la condición formal de candidato, con el único propósito de reclamar una indemnización*" sobre las bases normativas de la discriminación. Una situación fáctica que presenta las características descritas no está comprendida, en principio, en el ámbito de aplicación de las Directivas 2000/78 y 2006/54. En definitiva, el trabajador presentó "*artificialmente su candidatura a un empleo con la finalidad esencial no de ocupar efectivamente dicho empleo, sino de prevalerse de la protección ofrecida por tales Directivas para obtener una ventaja indebida —lo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente—*" considerándose que el demandante "*se prevale abusivamente de dicha protección*"[20].

2.2. La discriminación por razón de discapacidad

La discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Pero para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de discapacidad, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración. Establece el TJUE que "*una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enferme-*

[19] STJUE 6 de diciembre de 2007, *Ursula Voß contra Land Berlin*, Asunto C-300/06.

[20] STJUE 28 de julio de 2016, Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG, Asunto C-423/15.

dad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad"[21]. En esta sentencia, para el TJUE, no existe discapacidad cuando la trabajadora fue despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración, ya que debe distinguirse la enfermedad de la discapacidad, sin que la primera sea objeto de protección discriminatoria.

Consecuentemente, y con el avance del tiempo, el término de discapacidad se ha perfeccionado entendiéndose como aquella "*limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*"[22].

En relación al despido por absentismo, es jurisprudencia consolidada del TJUE que "*incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad*". No obstante, para el TJUE "*es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de discapacidad y de enfermedad*"[23].

Término de discapacidad que, por ejemplo, puede ponerse en relación con la obesidad. Así sucede, en particular, si la obesidad del trabajador impide su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional[24].

En efecto, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad –facilitándose así el despido por circunstancias objetivas–[25]. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en la normativa. Por tanto, queda de manifiesto que "*la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer*

[21] STJUE 11 de julio de 2006, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, Asunto C-13/05.

[22] STJUE 9 de marzo de 2017, *Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, Asunto C-406/15.

[23] STJUE 11 de julio de 2006, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*., Asunto C-13/05. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2018.

[24] STJUE 18 de diciembre de 2014, *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, Asunto C-354/13.

[25] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral", *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 57/2017, p. 6 (recurso electrónico).

una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78"[26]. No obstante, esta diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y cuando los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por el legislador español[27].

Al hilo de lo anterior, para el TJUE, combatir el absentismo laboral "*constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE, dado que se trata de una medida de política de empleo*"[28]. Por eso han de ser los propios Estados miembros los que comprueben si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de la finalidad de aumentar el trabajo y la eficiencia en el trabajo son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla[29]. En este supuesto el TJUE no resuelve la controversia –lo que no es ilícito más bien es frecuente[30]–. Lo que hace el tribunal es recordar que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para primar un determinado objetivo sobre otro en materias de política social y empleo. Es por ello que el TJUE se remite al tribunal remitente para comprobar si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de la finalidad de aumentar el trabajo y la eficiencia en el trabajo son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla.

Por otro lado, para el TJUE el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera, con arreglo a la definición de discapacidad. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter duradero, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales. En definitiva, el TJUE considera discriminatorio

[26] STJUE 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, Asuntos C-335/11 y C-337/11.

[27] STJUE 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero contra Ferroser Servicios Auxiliares, S.A*., Asunto C-270/16.

[28] STJUE 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, Asuntos C-335/11 y C-337/11.

[29] STJUE 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero contra Ferroser Servicios Auxiliares, S.A*., Asunto C-270/16.

[30] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "La «cosificación» del trabajador…", op. cit., *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 57/2017, p. 7 (recurso electrónico).

el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente laboral cuya duración es incierta al poder quedar incluida –la incapacidad temporal– dentro del concepto de discapacidad[31].

2.3. La discriminación por razón de edad

Para los tribunales europeos, la normativa nacional que permite la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión forma parte, desde hace mucho tiempo, del derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y está muy extendida en las relaciones laborales.

En este sentido, de los datos aportados en este supuesto, establece el TJUE que no se desprende que tal disposición –en referencia a la normativa nacional de un Estado miembro que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo entre trabajador y empresario, sin limitación temporal ni otros requisitos, y durante varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato de trabajo por quedar vinculada a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación– pueda favorecer la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada o sea fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. Por tanto, en modo alguno procede considerar que los límites de edad correspondientes a la edad de jubilación ordinaria conlleven sistemáticamente la precarización de la situación laboral de los trabajadores afectados si éstos disfrutan de una pensión de jubilación íntegra y, en concreto, si se autoriza al empresario a renovar el contrato de trabajo de que se trate[32].

En otra sentencia, considera el tribunal que una normativa nacional que "*prevé la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad de jubilación establecida en dicha normativa, dispensa, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Una normativa de este tipo supone, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad*". No obstante, aun cuando existe una discriminación por razón de edad, esta discriminación por razón de edad no está prohibida "*si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*"[33].

[31] STJUE 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus*, S.L., Asunto C-395/15.

[32] STJUE 28 de febrero de 2018, *Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen*, Asunto C-46/17.

[33] STJUE 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA,* Asunto C-411/05.

En el caso de España, y como justificación objetiva y razonable, la ya no vigente jubilación forzosa de los trabajadores una vez alcanzada una determinada edad se introdujo en la normativa española en un contexto económico caracterizado por un alto nivel de desempleo, con el fin de ofrecer, en el marco de la política nacional de empleo, oportunidades en el mercado de trabajo a las personas en busca de un empleo. En otros términos, la finalidad era regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo[34]. Por lo tanto, considera el TJUE que, en principio, "*un objetivo como el contemplado en la normativa controvertida en el litigio principal justifica «objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional», conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad*". Sin embargo, para el cumplimiento de este legítimo objetivo, de acuerdo con el TJUE, debe de haberse utilizado medios "*adecuados y necesarios*"[35].

En suma, lo que se tiene en consideración es el favorecimiento del pleno empleo facilitando el acceso al mercado, así como el no exceso de menoscabo del trabajador al que se le obliga a jubilarse puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que al término de su carrera profesional, el interesado obtendrá una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación fijada en un nivel que no puede considerarse inadecuado[36].

Por otro lado, criticable es el supuesto que autoriza a un empresario, de acuerdo con la normativa italiana, a celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que han de realizarse, y a despedir a dicho trabajador en el momento en que cumple 25 años. En este supuesto analiza el TJUE si se establece una diferencia de trato por razón de edad. Justifica tal normativa el Gobierno italiano afirmando que la "*posibilidad concedida a los empresarios de celebrar un contrato de trabajo discontinuo «en cualquier caso» y de poner fin a dicho contrato cuando el trabajador de que se trate cumpla 25 años tiene la finalidad de favorecer la entrada al mercado laboral de los jóvenes*". Se subraya que en "*un mercado laboral en dificultades, como es el mercado italiano, la falta de experiencia profesional es un factor que penaliza a los*

[34] *Vid.* Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España", *TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES* 34/2017, *passim.* Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Derecho a un proceso equitativo", en AA. VV.: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, (C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2017, *passim*.

[35] STJUE 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA,* Asunto C-411/05.

[36] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "La discriminación por …", op. cit., *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 58/2018, p. 16 (recurso electrónico).

jóvenes. Además, la posibilidad de entrar en el mundo laboral y de adquirir experiencia, aunque sea flexible y limitada en el tiempo, puede constituir un trampolín hacia nuevas posibilidades de empleo". Para el TJUE, "*una medida que permite a los empresarios celebrar contratos de trabajo que son menos rígidos puede, habida cuenta del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros en la materia, considerarse adecuada para lograr un determinado grado de flexibilidad en el mercado laboral. En efecto, cabe considerar que, por la existencia de un instrumento menos coercitivo y menos costoso que el contrato ordinario, las empresas pueden verse impulsadas a responder con más frecuencia a solicitudes de empleo procedentes de jóvenes trabajadores*". En definitiva, el TJUE considera que la normativa italiana que "*permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumple 25 años*" es lícita "*toda vez que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios*"[37].

Atractivo es el supuesto en el que un trabajador, comandante de aeronave, fue destinado a la formación de otros pilotos desde el mismo instante en el que cumplió la edad de 65 años. En efecto, la compañía aérea se negó a emplear al comandante de aeronave como piloto en el transporte aéreo comercial desde que cumplió la citada edad fundamentándose en el reglamento del personal de vuelo de la aviación civil. En este sentido, y ante la alegación de discriminación por razón de edad del demandante, recuerda el TJUE que "*dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*". En este sentido, el TJUE ha declarado que "*el objetivo de garantizar la seguridad del tráfico aéreo constituye un objetivo legítimo*"[38]. En estas circunstancias, el tribunal europeo declara que "*el objetivo que persigue el establecimiento y el mantenimiento de un nivel elevado y uniforme de seguridad en la aviación civil en Europa es un objetivo de interés general*". En consecuencia, "*la prohibición impuesta a los titulares de una licencia de piloto que hayan cumplido 65 años de actuar como piloto de una aeronave dedicada al transporte aéreo comercial constituye un medio adecuado para mantener un nivel adecuado de seguridad de la aviación civil en Europa*"[39]. De cuanto antecede resulta que la diferencia de trato por razón de edad es conforme al derecho europeo.

[37] STJUE 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl contra Antonino Bordonaro*, Asunto C-143/16.

[38] STJUE 13 de septiembre de 2011, *Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.*, Asunto C-447/09.

[39] STJUE 5 de julio de 2017, *Werner Fries contra Lufthansa CityLine GmbH*, Asunto C-190/16.

Al hilo de la discriminación por razón de edad, el TJUE también ha analizado aquel supuesto en el que la convocatoria exige a los candidatos que no hayan cumplido los 35 años para poder participar en el proceso selectivo. Por parte del demandante, "*el límite de edad establecido carece de justificación, en la medida en que restringe el derecho a acceder a las funciones públicas sin causa razonable*". En este supuesto se otorgan una serie de fundamentaciones en referencia a la edad: "*un agente seleccionado a los 34 años, dado que, por lo demás, deberá seguir una formación de unos dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período máximo de 19 años, es decir, hasta que alcance la edad de 55 años. En estas circunstancias, una selección a una edad más avanzada afectaría negativamente a la posibilidad de destinar un número suficiente de agentes a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal selección no permitiría que los agentes seleccionados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo*". Para el TJUE, "*el objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de la Ertzaintza exige que, para restablecer una pirámide de edades satisfactoria, la posesión de las capacidades físicas específicas no deba entenderse de manera estática, únicamente durante las pruebas del proceso selectivo, sino de manera dinámica, teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado*". En definitiva, una norma como la controvertida que establece que los candidatos a agentes no deben haber cumplido 35 años, "*por un lado, es adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía de que se trata y, por otro, no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo*"[40].

2.4. La discriminación por razón de raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional

La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico no se refiere expresamente a la nacionalidad. En efecto, dispone su artículo 3.2 lo siguiente: "*la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas*".

Precepto de la Directiva 2000/43/CE que colisiona con el propio CEDH que sí se refiere expresamente a la nacionalidad; no obstante, es la propia jurispruden-

[40] STJUE 15 de noviembre de 2016, *Gorka Salaberría Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*, Asunto C-258/15.

cia de los tribunales europeos quienes salvan tal cuestión cuando establece que la nacionalidad o el origen nacional es una característica específica que puede entenderse como un elemento constitutivo de la etnia. La citada Directiva tampoco contiene una definición de origen racional o étnico.

En este sentido, es la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –todos los Estados miembros de la Unión Europea y el Consejo de Europa son parte de la misma– (en adelante, ICERD) la que define la discriminación racial con la inclusión de las característica de la raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

De acuerdo con el artículo 1.1 de la ICERD, es discriminación racial "*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*".

Por su parte, aunque en el derecho comunitario no se aluda expresamente a los términos de lengua, color o ascendencia como características protegidas, tal omisión no significa que éstas no puedan protegerse como parte de la raza o del origen étnico, en la medida en que la lengua, el color y la ascendencia se encuentran vinculadas intrínsecamente a la raza o la etnia[41].

Para explicar los conceptos de raza y etnia, el TEDH ha dictaminado que la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura pueden ser factores indisociables de la raza[42]: "*la etnia y la raza son conceptos relacionados que se solapan. Mientras que el concepto de raza parte de la idea de la clasificación biológica de los seres humanos en subespecies con arreglo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales, la etnia tiene su origen en la idea de los grupos sociales marcados por la nacionalidad, la afiliación tribal, la fe religiosa, la lengua compartida o los orígenes y antecedentes culturales y tradicionales comunes*"[43].

Por su interés nos centramos ahora en comentar un concreto caso del TEDH que relaciona la discriminación con la etnia gitana. En este supuesto, la demandante se queja de la negativa de concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio, celebrado según el ritual de la etnia gitana a la que pertenece, carece de efectos civiles y vulnera el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del CEDH. Manifiesta que su unión matrimonial ha sido considerada como una relación *more uxorio*: es decir, una simple unión de hecho.

En este sentido, son veraces los hechos que constatan el matrimonio por el rito gitano celebrado en noviembre de 1971 según las tradiciones propias de la

[41] AA. VV.: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit., p. 109.

[42] *Ibídem*.

[43] STEDH 13 de diciembre de 2005, *Timishev contra Rusia*.

comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con su marido hasta el fallecimiento de este último. Además, el Registro Civil les había expedido un Libro de familia en el que están inscritos la pareja y sus hijos. También obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se requiere la condición de "cónyuge". Por otra parte, el marido estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y tenía una cartilla en la que figuraban a su cargo la demandante como esposa y sus seis hijos.

Para la demandante, la discriminación se basa en el hecho de que su solicitud de pensión de viudedad ha recibido un trato diferente en comparación con otros casos equivalentes en los que el derecho a la concesión de la pensión de viudedad fue reconocido, incluso en ausencia de matrimonio de acuerdo con las previsiones legales, mientras que, en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana fueron tomadas en cuenta.

A la luz de cuanto antecede y habida cuenta de las circunstancias específicas del presente caso, el TEDH "*considera desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad*", declarando así la existencia de vulneración del artículo 14 del CEDH[44].

2.5. La discriminación por razón de nacionalidad u origen nacional

Para el TEDH existe discriminación por razón de nacionalidad cuando, a un ciudadano turco, se le deniega una prestación por desempleo por no poseer la ciudadanía austríaca. En efecto, para el tribunal europeo, el solicitante se encontraba en una situación comparable a la de los nacionales austríacos ya que era residente permanente y había cotizado al régimen de la seguridad social. El TEDH "*considera que la diferencia de trato que se hace entre austríacos y no austríacos respecto del derecho a recibir la asistencia de emergencia*", no se basa en ninguna "*justificación objetiva ni razonable*". Concluye el tribunal considerando que "*la ausencia de un acuerdo de seguridad social recíproco entre Austria y Turquía no podía justificar el trato diferenciado, puesto que la situación del demandante, en la práctica, se aproximaba en gran medida a la de los ciudadanos austríacos*"[45].

En este mismo sentido el supuesto del ciudadano de Costa de Marfil que reside en Francia y que solicitó una prestación destinada a las personas con discapacidad. Tal prestación fue rechazada por el Estado francés "*sobre la base de*

[44] STEDH 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz contra España.*

[45] STEDH 16 de septiembre de 1996, *Gaygusuz contra Austria.*

que, como no era ciudadano de Francia ni de ningún país con el que Francia hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad respecto de la asignación para adultos discapacitados, el demandante no cumplía con las condiciones estipuladas". Sin embargo, el TEDH determinó que, en la práctica, el solicitante se encontraba en una situación similar a la de los ciudadanos franceses, ya que cumplía todos los demás criterios recogidos en la ley para recibir la prestación y se había beneficiado de otras prestaciones de la seguridad social que no dependían de la nacionalidad. Por consiguiente, el tribunal resuelve que "*los argumentos propuestos por el Gobierno son poco convincentes. La diferencia de trato respecto del derecho a los beneficios sociales entre los ciudadanos franceses o de otro país que hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad y los ciudadanos de otros países no se basaba en una justificación objetiva y razonable*". En suma, para el TEDH existe discriminación a los fines del artículo 14 de CEDH cuando no se persigue un "*fin legítimo*" o no hay una "*relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir*"[46].

Cambiando de hilo argumental, el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, lo que evidentemente puede disuadir firmemente a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo, "*constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva 2000/43*". Además, "*la existencia de tal discriminación directa no requiere que haya un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación*". Sobre la regla de la inversión de la carga de la prueba, "*las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial pueden ser uno de esos hechos aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria. En consecuencia, incumbe a ese empleador aportar la prueba de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato, lo que puede hacer en particular demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones*"[47].

Sobre la igualdad de trato, también se establece la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros[48]: concretamente, el artículo 45 TFUE se refiere a la prohibición de la discrimina-

[46] STEDH 30 de septiembre de 2003, *Koua Poirrez contra Francia*.

[47] STJUE 10 de julio de 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, Asunto C-54/07.

[48] Ortega Lozano, P. G., "La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores", en AA. VV., *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión* (Gorelli Hernández, J., Coord.), CARL, Sevilla, 2017, pp. 117 y ss. Guindo Morales, S., "La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE", en AA. VV., *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión* (Gorelli Hernández, J., Coord.), CARL, Sevilla, 2017, pp. 79 y ss.

ción directa e indirecta basada en la nacionalidad[49]. En efecto, la libre circulación de trabajadores prohíbe a los Estados miembros la adopción de medidas que favorezcan a los trabajadores que residan en su territorio si con ello están favoreciendo a sus nacionales y, de ese modo, están creando una discriminación por razón de nacionalidad[50].

En este sentido el TJUE[51] ha concluido que, si bien determinados criterios son aplicables independientemente de la nacionalidad, deben ser considerados indirectamente discriminatorios cuando puedan perjudicar especialmente a los trabajadores migrantes. Tal como establece la Comisión Europea, algunos ejemplos de discriminación indirecta son las situaciones en las que un subsidio concreto esté supeditado a un requisito de residencia o los requisitos de idioma para determinados puestos que, por definición, puedan ser cumplidos más fácilmente por los nacionales que por los no nacionales[52].

2.6. La discriminación por razón de origen social, nacimiento y propiedad o fortuna

A las características del origen social, nacimiento y propiedad se refiere el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general nº. 20 que versa sobre "*la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*", se refiere a ellos de la manera que vemos a continuación.

El origen social se refiere a la condición social que hereda una persona en el contexto de la discriminación por motivos relacionados con la posición económica, la discriminación basada en la ascendencia como parte de la discriminación por nacimiento y la discriminación por motivos relacionados con la situación económica y social. Origen social plenamente vinculado al origen nacional que, aun cuando lo hemos comentado anteriormente, se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistémica en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto.

La discriminación por motivos de nacimiento, obviamente, está prohibida y el artículo 10.3 del Pacto dispone expresamente, por ejemplo, que se deben adop-

[49] Guindo Morales, S., "Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea", *DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES* 6/2017, pp. 504 y ss.

[50] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales", *Revista La Ley Unión Europea* 51/2017, p. 13 (recurso electrónico).

[51] STJUE 24 de febrero de 2015, C. G. *Sopora contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-512/13. STJUE 23 de mayo de 1996, *John O'Flynn contra Adjudication Officer*, Asunto C-237/94.

[52] STJUE 18 de julio de 2017, *Konrad Erzberger contra TUI AG*, Asunto C-566/15.

tar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación. Por tanto, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias. El nacimiento como motivo prohibido de discriminación también incluye la ascendencia, especialmente sobre la base de la casta o sistemas similares de condición heredada.

La posición económica, como motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces (por ejemplo, la propiedad o tenencia de tierras) y los bienes personales (por ejemplo, la propiedad intelectual, los bienes muebles o la renta) o la carencia de ellos.

2.7. La discriminación por razón de lengua

A la discriminación por motivos de idioma también se refiere el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general nº. 20 que versa sobre "*la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*".

La discriminación por motivos de idioma suele guardar estrecha relación con el trato desigual por motivos de origen nacional o étnico. Las barreras lingüísticas pueden dificultar el goce de muchos de los derechos culturales reconocidos en el Pacto, incluido el derecho a participar en la vida cultural garantizado en el artículo 15. Por lo tanto, la información sobre los servicios públicos, por ejemplo, debe estar disponible, en la medida de lo posible, en las lenguas minoritarias, y los Estados partes deben asegurarse de que todo requisito lingüístico en las esferas del empleo y la educación se base en criterios razonables y objetivos.

2.8. La discriminación por razón de religión o creencia

El término religión debe entenderse de forma amplia, de conformidad con el derecho internacional. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general nº. 20, se establece la prohibición de discriminación que comprenda la religión o creencia que se elija (o el hecho de no profesar ninguna), individualmente o en una comunidad, que se manifieste pública o privadamente en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. En este sentido, puede haber discriminación religiosa, por ejemplo, cuando no se da acceso a una minoría religiosa a la universidad, al empleo, o a los servicios de atención de salud a causa de su religión.

El TEDH ha resuelto un caso en el que el demandante se queja de haber sido privado de una pensión de jubilación por su confesión religiosa. Concretamente, nos encontramos ante un supuesto en el que la legislación nacional en la materia únicamente ha reconocido a los sacerdotes católicos la posibilidad de completar el período de cotización mínimo de quince años requerido para tener derecho a una pensión de jubilación, mediante el pago del capital-coste correspondiente a

las anualidades que les falten. El demandante se queja de que se le ha denegado el reconocimiento de una pensión de jubilación por ser pastor protestante cuando sí que se le reconoce a otras confesiones religiosas –como la católica–. En efecto, "*la legislación española de derecho del trabajo ha previsto, por distintas vías, que los sacerdotes católicos que habían desarrollado una actividad pastoral antes de su integración al Régimen de la Seguridad Social puedan, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los pastores evangélicos, computar sus años de ministerio religioso a efectos del cálculo de su pensión de jubilación*". Sin embargo, "*ninguna de estas posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados, a efectos de pensión de jubilación, los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social se concede a los pastores evangélicos en la legislación española*", lo que claramente supone la violación del artículo 14 del CEDH[53].

Interesante es el supuesto en el que una oferta de empleo solicita que los candidatos deben cumplir el siguiente requisito: "*son requisitos fundamentales la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitæ*". Para el legislador de la Unión Europea, "*la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización*". Es por ello que la Iglesia o la organización que haya exigido el requisito de pertenecer a una determinada comunidad religiosa para optar al empleo "*está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario*". Para ello y con la finalidad de cumplir con la normativa europea se deberá de haber respetado el principio de proporcionalidad –al cual, nos referimos en otro epígrafe de manera detallada–. En efecto, "*cualquier diferencia de trato debe ejercerse respetando, en particular, los principios generales del Derecho comunitario*". Dado que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión[54], resuelve el TJUE manifestando que "*los órganos jurisdiccionales nacionales deben comprobar si el requisito de que se trata es apropiado y no excede de lo necesario para alcanzar el objetivo previsto*"[55].

[53] STEDH 3 de abril de 2012, *Manzanas Martín contra España.*

[54] STJUE 6 de marzo de 2014, *Cruciano Siragusa contra Regione Sicilia*, Asunto C-206/13. STJUE 9 de julio de 2015, *Minister van Buitenlandse Zaken contra K y A*, Asunto C-153/14.

[55] STJUE 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, Asunto C-414/16.

Se dilucida por el TJUE si "*la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante*" que ha ocasionado el despido de la trabajadora[56]. En el análisis de si existe una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones o en la de una diferencia de trato basada indirectamente en tales motivos, el TJUE afirma que si el despido "*se fundó en el incumplimiento de una norma interna en vigor en la empresa por la que se prohibía el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas*" (extremo que corresponderá comprobar al tribunal remitente), "*y si se acredita que esa norma en apariencia neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas*", cabría concluir que "*existe una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones*"[57]. En cambio, si el despido no se basó en la existencia de una norma interna de la empresa, debe examinarse "*si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora*" que "*ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante*". En este sentido, recuerda el TJUE que "*sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante*". En definitiva, el concepto de requisito profesional esencial y determinante, "*implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo*", lo que no puede cubrir "*consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente*", existiendo, por tanto, discriminación[58].

En un caso parecido, establece el TJUE que "*la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones*". En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta "*si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas,*

[56] STJUE 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA*, Asunto C-188/15.

[57] STJUE 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, Asunto C-157/15.

[58] STJUE 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA*, Asunto C-188/15.

salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente"[59].

2.9. La discriminación por razón de opiniones políticas o de otra índole

El TEDH se ha referido expresamente a la discriminación por opiniones políticas o de otra índole. Este tipo de discriminación se localiza en situaciones en las que una persona mantiene una determinada convicción que no es susceptible de calificarse como discriminación por religión o creencia. Sin embargo, lo usual por parte del TEDH es introducir la discriminación por opiniones políticas o de otra índole en la protección otorgada por el artículo 10 del CEDH y que se refiere al derecho a la libertad de expresión: "*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa*".

3. EL TEST DE IDONEIDAD, EL TEST DE INDISPENSABILIDAD O ESTRICTA NECESIDAD Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: EL JUICIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD APLICABLE AL CASO DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD DE JUBILACIÓN

En los casos analizados donde interviene el principio de prohibición de discriminación la cuestión más importante radica en torno al juicio de proporcionalidad de la medida. Este análisis de la proporcionalidad no es diferente al que llevan a cabo los tribunales nacionales: en nuestro caso, destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, conviene tener presente dos aspectos[60]: el margen de apreciación que el propio TEDH reconoce a los estados en la garantía de los derechos reconocidos en el CEDH; y también la existencia o no de un estándar común europeo en la materia en controversia.

En efecto, de acuerdo con los tribunales españoles, el principio de igualdad y no discriminación no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede consti-

[59] STJUE 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, Asunto C-157/15.

[60] Mestre I Mestre, R. M., "Prohibición de", op. cit., p. 296.

tucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida[61].

En este sentido, es criterio del Tribunal Constitucional –plenamente transportable al TJUE como veremos a continuación– que "*el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin*"[62]. Pero este juicio no debe limitarse a la ponderación genérica acerca de si el tipo de diferenciación introducida resulta adecuada o razonable para alcanzar el fin perseguido; en otros términos, si resulta o no arbitraria; sino que, al tratarse de una regla que, al tiempo que protege a un determinado grupo afecta a otros derechos sustantivos dignos de tutela, la proporcionalidad debe ponderarse en referencia al grado de constricción de esos derechos y teniendo como límite infranqueable el respeto de su contenido constitucional.

Por tanto, para comprobar si se supera el juicio de proporcionalidad exigible es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –test o juicio de idoneidad–; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia –juicio de indispensabilidad o estricta necesidad de acuerdo con la jurisprudencia española; test de necesidad o de ausencia de medios alternativos de acuerdo con la jurisprudencia europea–; y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, en otros términos, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –test o juicio de proporcionalidad–[63].

El juicio de idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar el fin[64]. El juicio de indispensabilidad o estricta necesidad –denominado también de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, o de subsidiariedad– es un elemento que optimiza el grado de eficacia de los derechos frente a las limitaciones establecidas para su ejercicio. Se requiere que las medidas utilizadas sean aptas para el cumplimiento de la finali-

[61] Mercader Uguina, J. R., "Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad", en AA. VV.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, (Mercader Uguina, J. R., Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 34.

[62] STC 58/1993, de 6 mayo [RTC 1993\158].

[63] STC 66/1995, de 8 mayo [RTC 1995\66].

[64] Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* CEC, Madrid, 2003, p. 718.

dad que se pretende, seleccionando, de entre todas las posibles, la que sea menos gravosa para el derecho en controversia. Por último, el juicio de proporcionalidad implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado pretendido. Por tanto, se deberá valorar y ponderar todos los bienes involucrados obteniendo un resultado más beneficioso para el interés general[65].

Este juicio general de proporcionalidad integrado por el juicio de idoneidad, el juicio de indispensabilidad o estricta necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es fácilmente observable –y plenamente transportable, por ejemplo, a la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018– en la STC 22/1981, de 2 de julio, donde se analiza la declaración forzosa a la jubilación del trabajador desde el momento en que éste cumplió los sesenta y nueve años de edad –edad máxima–. Tal jubilación forzosa se pone en relación con el derecho al trabajo –artículo 35 CE–, ya que el mismo se veía sacrificado con la obligación de jubilación del trabajador.

En efecto, con este viejo precepto se establecía legalmente una edad que determina la incapacidad para trabajar y la extinción de la relación laboral. Al respecto, la posible inconstitucionalidad se tiene que poner en relación con el artículo 14 CE: principio de igualdad. No obstante, también es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del CEDH[66], que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. En efecto, la discriminación no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable; en este sentido, la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida[67].

Y, en este sentido, uno de los argumentos más importantes es el referido a la política del pleno empleo cuya ejecución puede conducir a que, en una razonable ponderación, el derecho individual al trabajo de una categoría de trabajadores se vea justamente limitado en pro de la consecución de unos resultados socialmente más estimables en la perspectiva colectiva del derecho al trabajo. La pregunta, por tanto, es la siguiente: ¿puede justificarse por este motivo el establecimiento de una edad máxima de admisión al trabajo?

Para el Tribunal Constitucional, "*esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en*

[65] Mercader Uguina, J. R., "Bases para la construcción…", op. cit., p. 36.

[66] Artículo 14. Prohibición de discriminación. "*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*".

[67] Doctrina del TEDH y del TC.

la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 –el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás–, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución)". Además, por otra parte, "*dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general –otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil*"[68].

Aplicando este triple test o juicio y trasladando lo anterior a la reciente STJUE de fecha 28 de febrero de 2018[69], la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo es compatible con la constitucionalidad de la norma siempre que con tal limitación se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, "*en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*". Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación; por tanto, "*el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación*"[70].

Esta línea argumental es suficiente para apoyar la constitucionalidad de la fijación de una edad laboral máxima pero solamente –y esto es fundamental; de hecho, es el quid o la esencia de la cuestión– si ésta se establece dentro del marco de una política de empleo con los condicionamientos ya señalados.

Del propio pronunciamiento de la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, cabe una interpretación sistemática y teleológica de la jubilación, de acuerdo con la cual, su contenido podría concretarse en los siguientes términos: a) Se reconoce la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa; b) Posibilidad de jubilación forzosa que puede pactarse libremente por acuerdo entre trabajador y empresario o negociación colectiva. c) Jubilación forzosa del trabajador que será lícita y no discriminatoria por razón de edad siempre y cuando responda a razones objetivas y, por ende, cumpla con los requisitos del juicio de proporcionalidad[71].

Extinción automática del contrato por llegar a una determinada edad que, a nuestro juicio, es una medida razonable y objetivamente válida, pero que resultará

[68] STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

[69] STJUE 28 de febrero de 2018, *Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen*, Asunto C-46/17.

[70] STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

[71] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "La discriminación por razón…", op. cit., *La Ley Unión Europea* 58/2018, p. 19 (recurso electrónico).

desproporcionada si no queda insertada dentro de una política de empleo concreta: por tanto, será inconstitucional cuando se fije como causa de jubilación única el cumplimiento de una determinada edad en abstracto –sin incluirlo en propósitos o finalidades razonables y objetivas–.

En definitiva, y aplicando este triple juicio de proporcionalidad, concluimos y respondemos a la problemática de la edad de jubilación planteada con una única afirmación: la edad puede ser un elemento diferenciador válido siempre que existan motivos razonables para ello.

4. CAMBIO JURISPRUDENCIAL DEL TJUE EN LA DISCRIMINACIÓN ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES E INDEFINIDOS POR LAS INDEMNIZACIONES QUE RECIBEN AL TERMINAR SU CONTRATO DE TRABAJO

En recientes fallos del TJUE de fecha 5 de junio de 2018, el tribunal europeo modifica el criterio seguido en otra sentencia del año 2016 (asunto Diego Porras) que disponía que si existía en la legislación española una discriminación injustificada y que los asalariados fijos y temporales debían percibir una compensación similar por extinción del contrato de trabajo. Veamos las recientes sentencias:

4.1. Asunto Montero Mateos[72]

En el asunto Montero Mateos, el TJUE recuerda que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco referido al principio de no discriminación prohíbe, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Al hilo de lo anterior, el TJUE exige "*que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado*"[73].

El propio TJUE se remite al juzgado remitente para determinar si la trabajadora, "*cuando fue contratada por la Agencia mediante un contrato de duración determinada, se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo*"[74].

[72] STJUE 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, Asunto C-677/16.

[73] STJUE 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, Asunto C-177/10.

[74] STJUE 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, Asunto C-177/10, STJUE 18 de octubre de 2012, *Valenza y otros*, Asunto C-302/11 a C-305/11, STJUE 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, Asunto C-38/13.

Dicho esto, el TJUE deduce de los datos de que dispone que la trabajadora "*ejercía las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso*", ya que dicho "*proceso selectivo tenía precisamente por objeto proveer con carácter definitivo el puesto*". Por consiguiente, "*procede considerar que la situación de una trabajadora con contrato de duración determinada*" era "*comparable a la de un trabajador fijo contratado por la Agencia para ejercer las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores*".

En consecuencia, es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

En la sentencia se hace referencia a que el Gobierno español invoca la diferencia que caracteriza al contexto en que se producen las causas de finalización de los contratos temporales previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, como el vencimiento del término de un contrato de interinidad, en relación con aquel en el que está previsto el abono de una indemnización en caso de despido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho Estatuto, como las económicas, técnicas organizativas o de producción, cuando el número de puestos de trabajo suprimidos es inferior al requerido para calificar la extinción de los contratos de despido colectivo. "*Para explicar la diferencia de trato de que se trata en el litigio principal, el Gobierno español subraya, en esencia, que, en el primer caso, la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal. A su juicio así sucede en la situación objeto del litigio principal, en la que el contrato de interinidad finalizó por la adjudicación del puesto vacante*" que la trabajadora "*ocupaba con carácter provisional*". "*En el segundo supuesto, en cambio, el abono de la indemnización establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral, frustración originada por haber sido despedido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho Estatuto*". Y es esta fundamentación jurídica la que el TJUE asumirá para la resolución del caso distinguiendo ambos supuestos de extinción del contrato de trabajo.

De este modo, "*las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato*". En cambio, "*la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas*

en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral". Y es en este último caso donde se requiere que se abone a dicho trabajador despedido "*una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación*".

Continúa el TJUE manifestando que, "*en este último supuesto, el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo*". Y estas circunstancias "*constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida*".

Y termina el tribunal europeo respondiendo a la cuestión prejudicial de la manera siguiente: el Acuerdo Marco "*no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva*".

4.2. Asunto Grupo Norte Facility[75]

Este asunto también versa sobre la indemnización por la finalización de la relación laboral. Se pregunta por el tribunal remitente si la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es discriminatorio por ser inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

En consecuencia, es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización del plazo de un contrato de relevo de duración determina-

[75] STJUE 5 de junio de 2018, *Grupo Norte Facility*, Asunto C-574/16.

da dé lugar al abono al trabajador temporal de que se trata de una indemnización inferior a la que percibe un trabajador fijo cuando se le despide por concurrir una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

La fundamentación jurídica de los tribunales para tratar de manera diferente a estas extinciones laborales radica en la siguiente diferencia: las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término; este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato. En cambio, la extinción de un contrato fijo por una de las causas recogidas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral.

Por consiguiente, el TJUE considera que "*el objeto específico de las indemnizaciones previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c), y en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente, cuyo abono forma parte de contextos fundamentalmente diferentes, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida*".

Por tanto, que la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada sea inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva, no es motivo de discriminación injustificada.

5. INDIVISIBILIDAD Y GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRABAJO DECENTE

Objetivo básico del Derecho Social del Trabajo es el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, de la persona del trabajador. En el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (PIDESC) se establece, por un lado, que todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, y por otro, que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. De este modo, más allá del reconocimiento diacrónico de distintas "generaciones de derechos" lo que se descubre es la interdependencia, indivisibilidad y necesaria complementariedad del estándar alcanzado –siempre en evolución– de todos los derechos fundamentales. Esta indivisibilidad y comunicabilidad expresa la inseparabilidad y no contradicción de los valores que en

ellos cristalizan, señaladamente, la libertad (formal y real), la igualdad (formal y sustancial conforme a la "justicia social") y la solidaridad social. Por otra parte, más allá de sus diferencias específicas, todos los derechos requieren obligaciones positivas, jurídicamente exigibles, de actuación por parte de los poderes públicos[76].

Los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana[77]. Por ello mismo, todos los derechos (de cualquier clase, o cualquiera que sea su "generación" de origen) presentan el mismo fundamento. No obstante, cada categoría de derechos adquiere su propia fisonomía y funcionalidad en la realización de ese principio nuclear. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla, entre las diversas categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente.

Los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles, en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos. Como ha puesto de relieve T. C. Van Boven[78], "en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y la libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica".

Por tanto, existe una estrecha conexión entre todos los derechos fundamentales, los cuales están mutuamente condicionados. Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los de carácter económico, social y cultural denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales[79].

No se puede negar, pues, que en el Derecho Internacional general y regional europeo se consagra explícitamente el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales (y no sólo respecto de los "derechos

[76] Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 137 y 138. Monereo Pérez, J. L., *La protección de los derechos fundamentales: el modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 107 y ss.

[77] Véase paradigmáticamente, el Preámbulo de los dos Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, que fundamenta en su unidad e indivisibilidad todos los derechos fundamentales y su sistema de garantías en la dignidad de la persona.

[78] Van Boven, T. C., "Criterios distintivos de los derechos humanos", en AA. VV.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, (Karel Vasak, Editor general), Ed. Selbal/Unesco, Barcelona, 1984, pp. 77 y ss. Monereo Pérez, J. L., "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO. CIVITAS*, 56-57/1992-1993, espec., núm. 57/1993, pp. 85 y ss.

[79] Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis…*, op. cit., p. 141.

humanos") dentro del sistema normativo multinivel de garantías de tales derechos. Ese principio esencial es de obligada aplicación directa como criterio interpretativo de carácter transversal u horizontal en la articulación de todo el conjunto de derechos garantizados en el sistema jurídico internacional multinivel. Y en la interpretación jurídica, todos los jueces y tribunales deben aplicarlo y tomarlo en consideración en sus resoluciones, incluido el reclamo de los correspondientes criterios de ponderación ante posibles conflictos que se puedan plantear entre los diferentes derechos.

Esa indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos positivados se debe conectar o vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales (generales o específicos sociales de la persona en su concreta posición socio-jurídica) y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos. El hecho de afirmar la interdependencia funcional y la existencia de un fundamento común (la dignidad humana), no supone que en una sociedad compleja no se puedan producir conflictos ocasionales entre los derechos fundamentales. Lo que sí será preciso establecer es el marco constitucional de preferencias y técnicas de ponderación entre los mismos en los casos de situaciones específicas de conflicto[80].

La Unión está obligada a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH. Se pretende expandir la idea-fuerza de que los derechos fundamentales son derechos de la persona en sí (con independencia de su nacionalidad de origen), y no exclusiva y restringidamente derechos de ciudadano. Precisamente mediante la internacionalización (universalización) y "europeización" de los derechos fundamentales se tendería a transitar del *status civitatis* al *status personae*, esto es, evolucionar desde los derechos tradicionales de ciudadano (en el sentido tradicional vinculado a la nacionalidad) a los derechos de la persona como tal y en una dimensión universalista e indivisible. Es así como cabe entender la "internacionalización" y "europeización" de los derechos fundamentales, esto es, sustrayéndolos del condicionante liberal de la "nacionalidad". Se trata de vincular derechos a la persona en sí (estatuto jurídico-protector de la persona) y, al propio tiempo y de manera no sustitutiva, de vincular derechos al empleo (estatuto jurídico-protector de empleo)[81].

El CEDH constituye un nivel mínimo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa. Posee relevancia jurídica fundamental, en particular, en los casos en que la protección que brinda la Unión sea inferior a la prevista por el propio CEDH. Ciertamente, el CEDH refuerza la protección de los derechos garantizados por la CDFUE que entran dentro de su ámbito de

[80] Monereo Pérez, J. L., *La protección…*, op. cit., p. 111.

[81] Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis…*, op. cit., p. 181.

aplicación; a su vez, la CDFUE también reconoce otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH sino en los Protocolos adicionales y en instrumentos relacionados con el CEDH. Por otra parte, la adhesión al CEDH proporciona un mecanismo adicional para la aplicación de los derechos humanos: nos referimos a la posibilidad de presentar una demanda ante el TEDH en relación con una acción u omisión por parte de una institución de la Unión o de un Estado miembro en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión. Lo anterior no altera el sistema de jurisdicción del TJUE ni del TEDH y su requisito de haber agotado primero todos los recursos judiciales internos como condición para la admisibilidad de cualquier recurso.

Al ser este sistema de garantías un conjunto de derechos indivisibles e interdependientes de todos los derechos fundamentales es necesario poner estos derechos en plena vinculación con el ámbito laboral: concretamente con el trabajo decente referido descriptivamente como el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Derecho que pretende garantizar un derecho al trabajo de un determinado modo y en unas determinadas condiciones. En efecto, un trabajo de calidad donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y especialmente dignidad de la persona que trabaja: en definitiva, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales del trabajador subordinado[82]. El derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias constituye un derecho social fundamental de carácter universal que crea obligaciones positivas para los Estados respecto a la garantía de calidad del empleo y su desmercantilización relativa a través del reconocimiento de los derechos sociales del trabajador[83].

Y en el CEDH, es el artículo 4 quién se refiere tímidamente al derecho al trabajo cuando se refiere a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado al establecer lo siguiente: "*1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional. b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio. c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad. d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales*".

[82] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Trabajo decente y tutela judicial efectiva", en AA. VV.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 455.

[83] Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., "La garantía internacional del derecho a un trabajo decente", *Revista Española de Derecho del Trabajo* 177/2015, p. 27. En una perspectiva exhaustiva, véase la obra colectiva, *El Trabajo Decente,* Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., Val Tena, Á.L. (Directores), López Insua, B.M. (Coordinadora), Granada, Ed. Comares, 2018, *passim.*

Precepto que obligatoriamente ha de ponerse en relación con los artículos 7, 23 y 24 de la DUDH –texto normativo dos años posterior al CEDH–. Es este artículo 7 DUDH el que establece que "*todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*". Siendo los artículos 23 y 24 DUDH los que abren una primera puerta a lo que luego habrá de llamarse trabajo decente. Por tanto, no es suficiente cualquier "empleo" sino un "empleo digno". Lo cual, al tiempo, es indispensable para su plena participación e integración activa en la sociedad de pertenencia. Un trabajo indigno del hombre –malas condiciones, inseguridad, precariedad en el trabajo, discriminación, esto es, sin respeto a sus derechos fundamentales específicos e inespecíficos o generales– no permite alcanzar esta finalidad integradora en el orden social democrático de convivencia[84].

De ahí surge la imagen del hombre como persona en su doble dimensión individual y social que obliga a que la persona que trabaja vea respetada, en todo momento, su dignidad humana y sus derechos inviolables, y que, asimismo, debe ser puesto en condiciones de tener igualdad de oportunidades para ejercer efectivamente las libertades y derechos constitucionalmente garantizados. Afirmación que se relaciona con la equidad y que comporta que todo trabajador recibirá el mismo trato y consideración en situaciones de trabajo similares. La equidad tiene que relacionarse con el valor de justicia al que alude expresamente la norma; una justicia no sólo procedimental: también material[85].

Trabajo decente que también deberá ponerse en plena vinculación con los artículos 6 y siguientes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); artículo 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (de fecha 9 de diciembre de 1989); artículos 5, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34 y especialmente 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y diversos textos normativos de la OIT[86].

El trabajo decente es un concepto integrado por derechos y políticas que poseen la finalidad de aumentar la cantidad y calidad del empleo, la seguridad en el trabajo y de una remuneración digna. El derecho a un trabajo decente es un derecho social de estructura compleja que comprende un conjunto de derechos anudados funcionalmente. En cuanto al ámbito subjetivo en la garantía de las condiciones de trabajo justas y equitativas cabe decir que se extiende a cualquier trabajador sin distinción alguna.

[84] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Trabajo decente…", op. cit., p. 456. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., "La garantía internacional…", op. cit., *REDT* 177/2015, pp. 28 y 29.

[85] Ricoeur, P., *Lo justo,* trad. de A. Domingo Moratalla, Caparrós Editores, Madrid, 2003, p. 32. Sen, A., *La idea de justicia*, Taurus, Madrid, 2010, pp. 255 y ss.

[86] Para mayor abundamiento, *vid.* Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Trabajo decente…", op. cit., *passim.*

La terminología de "trabajo decente" se encuentra formada por el contenido de dos conceptos. Por un lado, el término "trabajo" –más general que empleo u ocupación– que se refiere a todas las formas en las cuales las personas contribuyen al desarrollo de la economía y de la sociedad abarcando todo tipo de empleos: el trabajo dependiente, autoempleo y las actividades de economía informal[87]. Por otro lado, el término "decente" que es un concepto ético-jurídico que se refiere al desarrollo u ocupación digna del trabajador. En efecto, el "trabajo decente" no solo debe erradicar el desempleo sino que también debe conseguir el objetivo de que el trabajo sea digno.

Además, la idea de trabajo decente incluye la existencia de empleos suficientes –posibilidades de trabajar–, la remuneración –en metálico y en especie–, la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres[88].

El contenido del derecho se describe a través de una doble técnica jurídica interdependiente. Primero se utiliza una técnica de cláusula general: por ejemplo, en el artículo 7 PIDESC se establece que "*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*". Después se realizan algunas especificaciones concretas cuando se establece que, en especial, le asegurarán: a) Una remuneración que proporcione un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; b) Condiciones de existencia dignas; c) Igualdad de oportunidades; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos[89].

El alcance y la eficacia de la garantía de condiciones de trabajo equitativas y justas comporta un límite explícito de contención a las políticas de mercantilización de las condiciones de trabajo lo que entronca con las propuestas de modernización del Derecho del Trabajo. Localizamos –procedentes del Derecho Europeo– nuevas propuestas de índole estructural que plantean, a través del cambio del neologismo "flexiseguridad", un cambio de orientación y de modelo de Derecho del Trabajo. En efecto, se pretende la sustitución progresiva de un modelo de Derecho del Trabajo garantista –basado en el garantismo flexible– por un modelo de Derecho del Trabajo liberalizador –basado en un garantismo debilitado– produciendo un desplazamiento de la constitución democrático-social del trabajo –propia del constitucionalismo social y de su forma política de Estado social– por una diversa constitución liberalizadora del trabajo –propia de una constitución liberal o de un Estado de competencia económica o Estado de mercado–. En definitiva, un Derecho del Trabajo al servicio del funcionamiento

[87] Gil y Gil, J. L., "Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 11/2014, p. 7.

[88] Ghay, D., "Trabajo decente. Concepto e indicadores", *Revista Internacional del Trabajo* 2/2003, p. 125.

[89] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Trabajo decente…", op. cit., pp. 460 y 461.

del mercado y de la competitividad de las empresas. Lo que se propone abiertamente no es una simple modernización o adaptación sino un cambio de modelo. Se desea sustituir el modelo del garantismo flexible por otro de naturaleza distinta orientada a la maximización de la flexibilidad laboral, la individualización y la primacía del rendimiento empresarial[90].

En este sentido, para la OIT, el trabajo decente significa, ante todo, la creación de un entorno de seguridad económica básica en el que un número cada vez mayor de personas en todas las sociedades puedan perseguir su propio sentido de la ocupación, que exija una buena y mejorable seguridad económica y social[91].

En suma, el trabajo decente engloba los requisitos de que exista trabajo para todas las personas que lo busquen, que el trabajo sea productivo, que haya libertad para elección de empleo, y que cada trabajador tenga la posibilidad de adquirir la formación necesaria para desarrollar el empleo que le convenga; lo anterior, sin tener en cuenta la raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social del empleado –lo que nos pone en plena vinculación con la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH–[92].

Las cualidades de lo equitativo, justo y satisfactorio constituyen conceptos jurídicamente indeterminados. Por lo general remiten hacia el deber de establecer condiciones de trabajo orientadas hacia la igualdad y no discriminación entre todos los trabajadores que se encuentren en las mismas circunstancias y atiendan al hecho diferencial que, en su caso, pueda existir entre las categorías de trabajadores. En efecto, los trabajadores deben tener condiciones de trabajo dignas en consideración a la clase y calidad del trabajo realizado, y no solo en condiciones de salud, seguridad y de tiempo de prestación de servicios, sino también, inevitablemente, de condiciones retributivas. El derecho a una remuneración suficiente enlaza con el derecho a la existencia como primer e inviolable derecho de todo ser humano. Se trata de una existencia justa, equitativa y digna del hombre, en tanto que le permite llevar una vida digna con las condiciones materiales necesarias para el libre desarrollo de su personalidad en una sociedad democrática. Solo así se da verdadero sentido a la libertad del ser humano[93]. Pero también es necesario reconocer el derecho de todos los trabajadores a un nivel de vida digno en el

[90] Monereo Pérez, J. L., "La política europea de «modernización» del derecho del trabajo: la reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora", *Revista de Derecho Social* 48/2009, *passim.*

[91] Véase *OIT: Seguridad económica para un mundo mejor*, MTAS-Informes OIT, Madrid, 2005, pp. 521 y ss.

[92] Gil y Gil, J. L., "Globalización y empleo…", op. cit., *RDAS* 11/2014, p. 15.

[93] Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., "Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo", en AA. VV.: *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* (C. Monereo Atieza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2014, p. 809.

marco de un sistema público de protección social que se articule con el desarrollo social y las formas cambiantes de la economía y de la división del trabajo social[94].

En este sentido, el TEDH ha reiterado que es contrario al CEDH el sometimiento de los trabajadores a condiciones especialmente duras, correspondiendo a los Estados signatarios adoptar aquellas medidas adecuadas con las que impedir toda actuación tendente a imponer condiciones de trabajo que supongan la mercantilización del empleo, cuando no un trabajo forzoso o de servidumbre[95].

En suma, la implantación de condiciones de trabajo dignas va a exigir la intervención activa del legislador comunitario: debe establecer las garantías adecuadas teniendo en cuenta que las citadas garantías no son sólo estrictamente jurídicas sino también de carácter político e institucional.

Pero el trabajo decente también se vincula con la dignidad y, por ende, con la idea ya transmitida de que todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

La idea de la dignidad en el trabajo encuentra sus raíces en la tradición cristiana[96]: en este sentido, precisamente, la Biblia impone el descanso sabático como algo sagrado[97], reconociendo el derecho a un salario justo[98], que debe ser pagado sin dilación por el empresario[99].

La proclamación de la dignidad en el trabajo se inspira en la propia DUDH cuando, en su Preámbulo, establece que "*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*". Más adelante continua el citado texto normativo estableciendo que "*los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres*". Y es el artículo 1 DUDH quien establece que "*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*". Y el artículo 22 dispone que toda persona tiene derecho a la "*satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*". Es así como se desprende la significación y envergadura del derecho a la dignidad humana –también en el trabajo y con las condiciones laborales dignas y decentes– respecto al conjunto de los derechos fundamentales.

[94] Monereo Pérez, J. L., "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 5/2009, p. 85.

[95] STEDH 26 de julio de 2005, *Siliadin contra Francia*.

[96] Gil y Gil, J. L., "Globalización y empleo…", op. cit., *RDAS* 11/2014, p. 20.

[97] Éx. 20, 8-11; 23, 12; Lev. 23,3; Núm. 15, 32-36; Dt. 5, 12-15; Heb. 4, 9-10, y Ef. 2, 10. Gen. 2, 1-3 presenta a Dios creando el mundo al ritmo de la semana israelita.

[98] Jer. 22, 13; Mal. 3,5; Lc. 10, 7, y Sant. 5, 4.

[99] Lev. 19, 13; Dt. 24, 14-15, y Tob. 4, 14.

Dentro del Derecho Europeo, normativamente, el valor de la dignidad en el trabajo encuentra desarrollo especial en el artículo 31 CDFUE en relación con el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada de 1996. La dignidad en el trabajo es dignidad del trabajador al respetarse su personalidad en todos los ámbitos donde la relación laboral se desarrolla. Por tanto, la dignidad pertenece a la esfera de lo no mercantilizable y como tal pertenece a las garantías propias del trabajo decente[100].

La misma CDFUE dedica a la "*dignidad*" todo el título I –artículos 1 a 5–. De ahí se comprende la centralidad de la dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este mismo sentido, establece su artículo 1 que "*la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*". Precisamente, en la explicación relativa al artículo 1 CDFUE, se indica que "*la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales*". En este sentido, el TJUE ha confirmado que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. En su traslado al orden laboral, el valor fundamental de la dignidad se configura normativamente como un derecho subjetivo del trabajador, precisamente para reforzarlo en sus mecanismos de garantía. Realmente es una especialidad o especificación del derecho a la dignidad humana genéricamente garantizada en el artículo 1 DUDH y CDFUE pero trasladada al ámbito de las relaciones laborales.

En efecto, el derecho a la dignidad también encuentra tutela en el ámbito de las relaciones laborales: en efecto, la subordinación jurídico-organizativa del trabajador no debe suponer la mercantilización o la privación de su consideración como sujeto libre o el desconocimiento de los aspectos que permiten el libre desarrollo de su personalidad. Por tanto, la dignidad del trabajador actúa como límite de la obligación de subordinación y del ejercicio de los poderes directivos y organizativos del empleador en el lugar de trabajo. El respeto de la dignidad del trabajador se convierte en un primario valor fundamental. Dignidad que penetra en todas las esferas de los derechos fundamentales.

Se exige la garantía jurídica de respeto y protección adecuada también en el lugar de trabajo; es decir, en el marco específico de la relación jurídica de trabajo. La dignidad es un derecho de la persona a disponer de sí misma –con autodeterminación personal–[101]. Estas afirmaciones suponen que la dignidad acaba comprendiendo, por un lado, los derechos de la persona que trabaja –los que son inherentes a su condición humana, de sujeto jurídico y no de objeto– y, por otro, normaliza jurídicamente la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en el seno de las relaciones de trabajo[102].

[100] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "Trabajo decente…", op. cit., p. 464.

[101] STJUE 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Asunto C-377/98.

[102] Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., "Derecho a unas…", op. cit., pp. 813 y 814.

En definitiva, la subordinación jurídico-organizativa del trabajador no puede suponer la privación de libertad y dignidad de la persona, impidiendo así que una relación de dominio se convierta en una pura instrumentalización autoritaria. La dignidad humana no puede permitir la imposición de los poderes del empleador en una zona infranqueable como la del derecho citado: el derecho a la dignidad del trabajador. Trato decente o digno de las condiciones laborales especialmente relacionadas también con la tutela específica del principio de igualdad y no discriminación –como ya hemos tenido ocasión de comentar–.

6. REFLEXIONES CRÍTICAS: HACIA UN NUEVO MODELO DE TRABAJO DECENTE

La igualdad es un concepto complejo que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la diferencia[103]. Debe dejarse atrás aquel concepto de igualdad formal absoluta de todos en todo, esto es, aquel concepto homogeneizante convertido en una ficción de la realidad fáctica marcada por las múltiples diferencias. La igualdad formal no impide el desarrollo de lo diferente, que es lo que precisamente define al ser humano, es decir, su libertad para decidir sobre su propia vida[104]. Al hilo de lo anterior, el TJUE respeta el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no sólo en cuanto a la determinación de un concreto objetivo en materia de política social y de empleo, sino también en cuanto a la definición de las medidas que puedan ponerlo en práctica[105].

En el sistema normativo europeo (Sistema de los Tratados) se excluye de la acción legislativa y de coordinación comunitaria un conjunto de derechos sociales fundamentales, cuya garantía débil hacen irreconocible un Derecho constitucional de Trabajo (y en particular, un derecho sindical): salario (y en particular, el salario mínimo, por otra parte centro preferente de la negociación colectiva interna y europea), el derecho de huelga (el cual autentifica el sistema de relaciones laborales basado en relaciones reales de poder) y el mismo derecho de asociación (incluido derecho de sindicación).

El actual marco vigente de la Unión y de los Estados miembros es insuficiente y deficiente. Se comprenderá que la Unión como comunidad política democrática tiene que construirse sobre la base de una constitución garantista de derechos

[103] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 58/2018, p. 4 (recurso electrónico).

[104] Monereo Atienza, C., "Principio de no discriminación", en AA. VV., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, op. cit., p. 475.

[105] STJUE 14 de marzo de 2018, *Georg Stollwitzer y ÖBB Personenverkehr AG*, Asunto C-482/16.

fundamentales plenamente eficaces en el plano jurídico y político (compromiso de acción de los poderes públicos); una Unión regida por una constitución europea. Se trataría de construir una unidad político-constitucional europea que surja de una decisión fundamental soberana del poder constituyente europeo en torno a un conjunto de valores e intereses superiores, reflejo de la existencia de una comunidad e identidad política definida como tal en el espacio europeo. En esta secuencia, cabe decir que a la legitimidad sustancialmente política de la Unión contribuiría la garantía europea de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el orden público laboral garantista ha sido una característica constitutiva de nuestro ordenamiento laboral; sin embargo, actualmente se ha producido una reorientación del intervencionismo legislativo en una dirección liberalizadora (que entraña una remercantilización de los derechos sociales) y un proceso de desregulación en el Derecho social.

El legislador hace dejación de ciertos espacios regulativos que la autonomía colectiva no está en condiciones de ocupar o cubrir. Por tanto, esos espacios tienden a ser apropiados por los poderes unilaterales del empleador. Pero no por ello el Estado se ha hecho menos intervencionista, pues la cuestión es más compleja ya que lo que ha cambiado es la orientación y el sentido del intervencionismo público. Lo que se viene produciendo es una desregulación en el campo de las garantías sociales, y una neoregulación comprometida por los nuevos criterios preferentes de garantía de la rentabilidad y la competitividad empresarial. Es por ello que las reformas de derecho atienden a valores ahora más incisivamente vinculados a la iniciativa económica y a la libertad de empresa que a la tutela del trabajador subordinado[106]. En suma, se eleva a la categoría de canon de constitucionalidad la coyuntura actual de la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas restrictivas o limitativas de los derechos constitucionales establecidas por el legislador ordinario[107].

Lo que se discute es más amplio que la crisis o recesión económico: nos encontramos ante la discusión efectiva del tipo de regulación jurídico-institucional de los mercados de trabajo y de las relaciones laborales que mejor se correspondan con las condiciones de globalización de la economía mundial; y, en plena vinculación a ello, la pretensión de implantar un modelo de competitividad basado en la competitividad por los costes de trabajo y la precarización permanente como condición existencial de carácter estructural de trabajo profesional[108]. Sin embargo, se debe apostar por diseñar un modelo de flexibilidad "ofensiva" en el sentido de arriesgar por la calidad del empleo (trabajo decente) y la flexibilidad colectivamente negociada.

De los modelos de competitividad (competitividad por la innovación y calidad de producto y de trabajo; competitividad por la reducción de costes del

[106] Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis…*, op. cit., p. 214.

[107] Voto particular de Valdés Dal Re, F., en STC 119/2014, de 16 julio [RTC 2014, 119].

[108] Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis…*, op. cit., p. 220.

factor trabajo), se ha optado por un modelo de competitividad económica y de flexibilidad laboral donde prevalece la reducción de costes del factor trabajo, el debilitamiento de los derechos laborales y el debilitamiento de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos, a saber: la negociación colectiva y la huelga. La legislación de apoyo a la competitividad se ha basado en una reducción de las garantías de los derechos laborales y no en una política de pleno empleo de calidad. Por el contrario, es necesario hacer prevalecer un modelo de competitividad por la innovación, la calidad del producto y del trabajo con garantías.

Lo que debe vincularse necesariamente con el "Trabajo Decente" que implica un trabajo garantizado, un trabajo con derechos sociolaborales y, por tanto, sometido a un estatuto jurídico-protector de la persona que trabaja. En realidad, el trabajo decente es el punto de convergencia de varios objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, la protección social y el diálogo social. El trabajo decente es un trabajo que goza de una "relativa desmercantilización" a través de la garantía jurídica de los derechos sociales. En este sentido, la vinculación de las políticas de empleo y de Seguridad Social permitiría aplicar políticas eficientes orientadas al pleno empleo, políticas de lucha contra la precariedad laboral y de protección frente al desempleo. En definitiva, trabajo decente para todas las personas que trabajan y protección por desempleo de calidad para los desempleados. En esta dirección debe caminar el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social en una sociedad democrática que como tal ya no puede dejar de ser democracia social y sustancial.

EL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Código ORCID: 0000-0001-9780-7860

EXTRACTO **Palabras Clave**: Seguridad Social, Primer Protocolo Adicional, CEDH, TEDH

El Convenio Europeo de Derechos no recoge en su articulado el derecho a la Seguridad Social. Sin embargo desde 1996 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una sólida línea jurisprudencial que reconoce que el derecho a prestaciones, contributivas y no contributivas es tutelable como derecho de propiedad al amparo del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional que reconoce que toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes.
En base a dicha jurisprudencia, España ha sido condenada ya en dos ocasiones. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha asumido que el derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad en el caso Florescu.
No obstante, hasta la fecha la jurisprudencia española difiere de la sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y mantiene que respecto a las prestaciones de Seguridad Social no existe un derecho sino una mera expectativa de derecho no indemnizable.

ABSTRACT **Key Words**: Social security, First Additional Protocol, ECR, ECHR

The European Convention of Rights does not include in its material scope the right to Social Security. However, since 1996, the European Court of Human Rights has maintained a solid jurisprudential line that recognizes that the right to benefits, contributory and non-contributory is protected as a property right under Article 1 of the First Additional Protocol that recognizes every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. Based on this case law, Spain has already been condemned twice.
The Court of Justice of the European Union has also assumed that the right to social benefits is a property right in the Florescu case.
However, currently, Spanish jurisprudence differs from that held by the European Court of Human Rights and maintains that regarding social security benefits there is no consolidated right but a mere expectation of non-compensable right.

 Recepción de original: 10.10.2018. Aceptación: 20.10.2018

ÍNDICE

1. Introducción
2. Prestaciones contributivas y no contributivas como derecho de propiedad
   2.1. Gaygusuz C. Austria
   2.2. Wessels-Beergervoet C. Países Bajos
   2.3. Willis C. Reino Unido
   2.4. Anzinas C. Chipre
3. ¿El primer protocolo adicional límite para los legisladores nacionales?
   3.1. Kjartanasmundsson c. Islandia
   3.2. Bélané nagy c. Hungría
   3.3. Baczúr c. Hungría
4. El artículo primero del primer protocolo adicional y España
   4.1. Muñoz Díaz
   4.2. Manzanas Martín
5. El "diálogo" entre el tribunal de luxemburgo y el tribunal de estrasburgo sobre el artículo primero del primer protocolo adicional
6. Derechos adquiridos versus expectativas de derecho en la jurisprudencia española
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos Adicionales recogen en su articulado el Derecho a la Seguridad Social.

No obstante, desde hace décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene interpretando que el Derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad tutelable al amparo del artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece que:"toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas".

A la hora de interpretar dicho precepto hay que partir de la premisa que el concepto de propiedad tiene para el TEDH un significado autónomo frente a los ordenamientos nacionales y "no se limita a la propiedad de los bienes físicos: determi-

nados derechos e intereses que constituyen activos pueden considerarse también "derechos de propiedad"[1].

2. PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS Y NO CONTRIBUTIVAS COMO DERECHO DE PROPIEDAD

Tanto en Derecho nacional como en Derecho comparado se ha consolidado la clasificación de las prestaciones sociales en contributivas (financiadas básicamente con cotizaciones sociales) y no contributivas (con cargo a tributos).

Nuestro TRLGSS en su artículo 109 clasifica el elenco de prestaciones sociales dispensadas por el sistema español de Seguridad Social utilizando esa misma dicotomía. Aunque, de hecho, no es estricta ni rigurosa: hay prestaciones que no se financian con cotizaciones y sin embargo se clasifican de prestaciones contributivas (p.e. el complemento de pensión contributiva por maternidad -artículo 60 TRLGSS-). Asimismo, se clasifican como prestaciones contributivas las prestaciones por desempleo cuando se nutren tanto de impuestos como de cotizaciones.

En todo caso, la clasificación pierde sustantividad si tenemos en cuenta que la doctrina[2]reconoce la naturaleza tributaria de la cotización. Además, como se expondrá a continuación, para el TEDH resulta irrelevante las vías de financiación de las prestaciones.

2.1 Gaygusuz c. Austria

Esta sentencia[3] es la primera de un amplio elenco en la que el TEDH califica una prestación de Seguridad Social como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

La prestación en litigio era un subsidio austriaco por desempleo destinado a garantizar un ingreso mínimo de supervivencia a aquellos trabajadores que hubieran agotado la prestación por desempleo, de cuyo ámbito de aplicación personal se excluía a los nacionales de Terceros Estados. Puesto que este subsidio se reconocía a quienes hubieran sido beneficiarios previamente de una prestación contributiva por desempleo, existía un vínculo indirecto entre cotizaciones previas y el subsidio (aunque éste último no se financiara mediante cotizaciones de los trabajadores y/o sus empresarios). El demandante, de nacionalidad turca, había trabajado legalmente en Austria.

El TEDH sostuvo por unanimidad que el derecho a una prestación destinada a personas sin recursos suficientes y financiados tanto con aportaciones estatales

[1] STEDH de 23 de febrero de 1995, caso Gasus Dosier y Fördertechnick, BJC 193 (1997), p.185.

[2] Alarcón Caracuel, M.R., *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.70.

[3] Con fecha de 19 de junio de 1996.

como de los trabajadores, está comprendida dentro del ámbito de aplicación material del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH, no resultando justificables las diferencias de trato para su reconocimiento fundadas en la nacionalidad del solicitante. Siendo a estos efectos irrelevantes las vías de financiación de la prestación (impuestos o cotizaciones), o que su concesión esté subordinada a una prueba de insuficiencia de recursos.

2.2 Wessels-Beergervoet c. Países Bajos: Pensión de jubilación no contributiva

La prestación en litigio (AOW) es una pensión holandesa financiada mediante un porcentaje sobre el impuesto sobre la renta. Su cuantía es uniforme y se abona a quienes cumplen 65 años. Para tener derecho a la prestación completa es preciso acreditar un período de 50 años de seguro. Existe una reducción del 2% por cada año que la persona no ha residido en los Países Bajos.

En esta sentencia[4], de 4.6.2002, la demandante invocó que la reducción de su pensión de jubilación constituía una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del CEDH, en conexión con el artículo 1º del Protocolo nº1, puesto que en el momento en que sucedieron los hechos, una mujer casada sólo estaba asegurada por la AOW cuando su marido estaba asegurado también.

Frente a la tesis de la demandante, el Gobierno alegaba que los beneficios de los planes de seguros sociales caracterizados por el principio de la solidaridad social no podían ser considerados como "bienes" en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº 1, ya que, a diferencia de los sistemas en los que el nivel de beneficios está supeditado a las aportaciones, un sistema basado en la solidaridad social distribuye los recursos disponibles por igual entre todos los interesados.

A mayor abundamiento, el Gobierno destacaba el decisivo dato de que el derecho a los beneficios de la AOW no depende de si se han hecho, o no, aportaciones. Por tanto, el grupo de contribuyentes es diferente del grupo de beneficiarios. Dada la ausencia de conexión entre contribución y derechos en virtud del plan AOW, el Gobierno consideraba que una pensión AOW no podía ser considerada incluida en el ámbito del artículo 1 del Protocolo nº 1.

Frente a estos argumentos, el TEDH estimó que los derechos de la demandante a una pensión en virtud de la AOW podían ser contemplados como bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº1.

Y, puesto que la única razón para la exclusión de la demandante del seguro de la AOW por un período de 19 años era el hecho de que estaba casada con un hombre que no estaba asegurado en virtud de lo dispuesto en la AOW porque trabajaba en el extranjero, el TEDH estima la demanda por considerar que la reducción aplicada a los beneficios de la AOW de la demandante estaba basada, exclusivamente, en el

[4] Con fecha de 4 de junio de 2002.

hecho de que era una mujer casada. Se constata, por tanto, la vulneración del artículo 14 del CEDH, en conexión con el artículo 1 del Protocolo nº1.

Con esta sentencia el TEDH reconoce que también las prestaciones financiadas íntegramente mediante tributos pueden ser calificadas como bienes susceptibles de protección al amparo del CEDH.

2.3 Willis c. Reino Unido: Subsidio de viudedad no contributiva

El demandante, viudo, alegó haber sido víctima de una discriminación por razón de sexo por parte de la Seguridad Social británica, dada la negativa de las autoridades a abonarle las prestaciones de Seguridad Social a las que habría tenido derecho si hubiera sido una mujer en una situación similar.

Es interesante destacar cómo en el parágrafo 35 de esta sentencia[5], el TEDH afirma que no es necesario para el Tribunal plantearse en este caso la cuestión de si las prestaciones de la Seguridad Social deben ser contributivas por naturaleza para que puedan constituir un "bien" (entrecomillado en el original) a efectos del artículo 1 del Protocolo nº 1.

De lo que resulta que el Tribunal considera que el derecho a la paga de viudedad y al subsidio para madres viudas es un derecho económico suficiente para ser incluido en el ámbito de aplicación material del artículo 1 del Protocolo nº1.

Además, el Tribunal llega a la conclusión de que al demandante se le denegó el derecho a la paga de viudedad y al subsidio para madres viudas debido a una distinción contemplada por el artículo 14 CEDH, el sexo, que no está basada en ninguna justificación objetiva y razonable, por lo que estima la demanda.

2.4 Anzinas c. Chipre: El acceso a la función pública como derecho de posesión de la pensión[6]

En la sentencia del TEDH, el Tribunal estimó la demanda del funcionario que, como parte de la sanción que le había sido impuesta por malversación de fondos públicos, fue privado del derecho a causar pensión de jubilación. El Tribunal acreditó la existencia de un incumplimiento del equilibrio exigido entre la protección del derecho de propiedad individual y los requerimientos de interés público.

La piedra angular de este caso vuelve a ser, una vez más, si una prestación no contributiva puede ser considerada como un bien a los efectos de su inclusión en el ámbito material de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1.

El gobierno chipriota estimaba que la pensión de jubilación no podía calificarse como posesión en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº1. Y ello por cuanto que los funcionarios públicos no participan de un régimen contributivo de Seguridad

[5] Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2002.

[6] Sentencia del TEDH de 20 de junio de 2002.

Social que se nutra de las cotizaciones deducidas de sus retribuciones mensuales. Todas las prestaciones dispensadas por la República lo son a cargo de un Fondo Consolidado, conforme a lo previsto en la Constitución, que establece como criterio la obligación de la República de abonar una pensión específica, pero no alude a la existencia de un derecho al abono de las pensiones.

El TEDH, partiendo de la premisa de que el derecho a una pensión, como tal, no está protegido por el CEDH, reitera, sin embargo, que de acuerdo con la doctrina de las instituciones del Convenio, el derecho a una pensión derivado de una actividad laboral previa puede, en ciertos casos, ser asimilado a un derecho de propiedad.

Tal sería el caso cuando se han satisfecho cotizaciones, pero también cuando un empleador, como el del litigio, garantiza con carácter general el pago de una pensión en base a condiciones que pueden ser consideradas como parte integrante de la prestación de servicios.

El TEDH alcanza el convencimiento de que el demandante cuando ingresó en la Función Pública chipriota, adquirió un derecho que constituye una posesión dentro del sentido del artículo 1 del Protocolo nº1, por lo que la privación de la pensión constituye una injerencia en su derecho de propiedad.

3. ¿EL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL LÍMITE PARA LOS LEGISLADORES NACIONALES?

La premisa de partida es que el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional no restringe la libertad de los Estados para regular sus prestaciones sociales[7]. Ni impone ninguna restricción a la libertad de los Estados contratantes para decidir instaurar, o no, un régimen de protección social o para escoger el tipo o el importe de las prestaciones que se pretende conceder en virtud de tal régimen.

Es decir, la legislación en materia de Seguridad Social es competencia exclusiva de los Estados miembros, incluso cuando estos son miembros de la Unión Europea pues esa competencia no ha sido transferida por los Estados a las instituciones de la UE.

Además, el TEDH ha recurrido en algunas de sus sentencias a la doctrina del "margen de apreciación" de los Estados para inaplicar el Protocolo Adicional Primero[8].

Pero el "margen de apreciación" y la competencia nacional para legislar en materia de Seguridad Social no implican, automáticamente, que resulten conformes al Primer Protocolo Adicional del CEDH todo tipo de reformas legislativas

[7] STEDH de 26 de junio de 2014, caso SujanovyIltchenko c. Ucrania.

[8] Mola, L. "The margin of appreciation accorded to states in times of economic crisis: An analysis of the decision by the european committee of social rights and by the european court of human rights on national austerity measures", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 1, 2015, p.182.

por parte de los Estados dirigida a reducir el gasto social. Prueba de ello son las sentencias que a continuación se traen a colación.

3.1 KjartanAsmundsson c. Islandia[9]

A pesar del amplio margen de apreciación que el TEDH reconoce a los Estados respecto de la legislación social, en esta sentencia se declaró vulnerado el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al privarse a una persona totalmente y de forma sobrevenida de su derecho a una pensión de invalidez.

Los hechos que dieron lugar al litigio pueden sintetizarse así: el demandante cobró pensión de invalidez derivada de contingencias profesionales desde 1978 hasta 1992, en que como consecuencia de una reforma legal que modificó el método de valoración de la discapacidad su pensión le fue suprimida tras un período transitorio de 5 años.

El TEDH constató que aunque las nuevas normas de pensiones se basaban en criterios objetivos, el que el demandante se viera privado por completo de la pensión de invalidez que en ese momento constituía no menos de un tercio de sus ingresos brutos mensuales y que había recibido durante casi 20 años, constituía una carga excesiva y desproporcionada y por tanto, vulneraba el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

3.2 Bélané Nagy c. Hungría[10]

La sentencia Bélané Nagy trae causa de la reforma de la legislación húngara que provocó que a la demandante, sin experimentar cambios en su estado de salud, se le suprimiera la pensión de incapacidad que cobraba en 2010. En 2012 entró en vigor una nueva ley que sustituyó la pensión de invalidez por un subsidio de invalidez, que también le fue denegado a la Sra. Bélané porque ni era beneficiara de la anterior pensión de invalidez ni acreditaba el período de carencia exigido.

La sentencia enfatiza la importancia del principio *impossibiliumnullaobligatioest* ya que la normativa vigente no puede exigir ex post acreditar un determinado período de carencia cuando ello resulta ya de imposible cumplimiento para la demandante.

El TEDH estimó que "el amplio margen de racionalización del que disponen los Estados respecto de sus sistemas de Seguridad Social no pueden justificar medidas carentes de toda proporcionalidad ni pueden comportar un sacrificio individual excesivo, ya que la Seguridad Social no deja de ser "la expresión de la solidaridad de la sociedad con sus miembros más vulnerables".

[9] Sentencia del TEDH de 12 de octubre de 2004.

[10] Sentencia del TEDH de 13 de diciembre de 2016.

Por nueve votos contra ocho el TEDH falló que había habido vulneración del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional. El ajustado margen de la votación ilustra a la perfección la tensión que provoca, por un lado, el Derecho de los Estados a reformar sus sistemas de Seguridad Social[11], y los derechos de los beneficiarios de prestaciones sociales ante reformas legislativas restrictivas y fundadas en el principio de austeridad derivado de los efectos de la crisis económica y financiera mundial, de otro lado.

3.3 Baczúr c. Hungría[12]

Respecto al tema de recorte de pensiones hay que traer a colación esta sentencia del TEDH. El litigio traer causa de la reforma legislativa sobre el cálculo de la pensión de invalidez para personas con capacidad laboral reducida que provocó una reducción del importe de la pensión que el demandante venía percibiendo (de 510 euros mensuales se redujo a 140 mensuales). El demandante alegó que dado que su estado de salud no había mejorado había sido privado injustificadamente de su derecho de propiedad.

El TEDH admite que el sistema de Seguridad Social puede sufrir cambios, incluso en las condiciones de elegibilidad de pago o en la cantidad de las rentas o pensiones". Y también ha aceptado la posibilidad de modificaciones de la legislación de Seguridad Social como respuesta a cambios sociales.

En el caso Barzúc el TEDH toma en consideración que la prestación en litigio "constituye la expresión de la solidaridad de la sociedad con sus miembros más vulnerables". Para el Tribunal una reducción de 2/3 como la sufrida por el demandante ha infringido al contenido esencial de su derecho de pensión aunque el demandante -a diferencia de la Sra. Nagy- no fue completamente privado de sus derechos. Este elemento se agrava por el dato de que el demandante no tenía ninguna otra renta significativa con la que subsistir y pertenece al grupo vulnerable de personas con discapacidad. El TEDH considera que la aplicación de la legislación impugnada supuso una situación en la que no hubo una ponderación justa de los intereses en juego, incluso si la legislación tenía por objeto la protección del interés público racionalizando el régimen de las pensiones para personas con discapacidad, un problema de interés general en cuyo logro el Estado goza de un amplio margen de apreciación. Por todo ello el TEDH declara infringido el artículo 1 del Protocolo Nº1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[11] Tsetoura, A., *Property Protection as a Limit to Deteriorating Social Security Protection, European Journal of Social Security*, vol. 15, 1, pp. 55-78.

[12] Sentencia del TEDH de 7 de marzo de 2017.

4. EL ARTÍCULO PRIMERO DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL Y ESPAÑA

1.1 Muñoz Díaz[13]

El litigio analiza si es discriminatorio que la legislación española no atribuya efectos jurídicos al matrimonio por el "rito" gitano y en base a ello no tuviera la madre de los hijos del fallecido derecho a una pensión de viudedad[14].

En esta sentencia, el TEDH parte de la premisa que "desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social…se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Nº 1".

El TEDH rechazó por unanimidad que no reconocer efectos civiles a los "matrimonios" por el rito gitano sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14.

Pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años[15], no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión. Por ello el Tribunal declara por seis votos contra uno que España ha vulnerado el artículo 14 en conexión con el artículo 1 del Protocolo Nº 1.

La sentencia, sin embargo, merece ser objeto de rotunda crítica ya que España no debió ser nunca condenada en este caso por los siguientes motivos:

Para el TEDH la piedra angular para estimar la existencia de discriminación por no reconocer España pensión de viudedad a la Sra. Muñoz Díaz radica en el hecho de que ella y el padre de sus hijos estuvieran en posesión de un libro de familia y de familia numerosa de 1ª categoría. El TEDH invoca que, conforme al artículo 2 de la Ley 25/1971,"se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley estén constituidas por: a) el cabeza de familia, su cónyuge, y cuatro o más hijos".

Pero esa normativa no era aplicable al caso: tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se produce un cambio radical respecto a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial: todos los progenitores -incluidos los no casados- podían obtener libro de familia. Pero no porque el legislador español equipare el matrimonio a las uniones *more uxiore* sino para acabar con la discrimina-

[13] Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009.

[14] Sempere Navarro, a.v., "Las Uniones Por el Rito Gitano ante la Pensión de Viudedad", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo,* nº 209/2018; pp.11-22.

[15] En el parágrafo 69, el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007, y considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado "ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años".

ción de que eran objeto los hijos no matrimoniales durante la etapa franquista cuya inscripción de nacimiento se llevaba a cabo en un libro distinto (libro de filiación) al de los hijos matrimoniales o "legítimos" (que se inscribían en el libro de familia).

Por tanto, tras la Constitución, tanto la obtención del libro de familia como del libro de familia numerosa dejó de estar condicionada a la existencia de un previo matrimonio. Y por eso le fueron expedidos libros de familia y de familia numerosa a la Señora Muñoz Díaz y al padre de sus hijos en 1983 y 1986, respectivamente. Y en ninguno de ellos figura inscrita como esposa.

En diversas ocasiones el TEDH menciona que en una cartilla de la Seguridad Social la Sra. Muñoz Díaz sí aparecía como esposa. Pero el TEDH no transcribe en ninguno de los parágrafos de su sentencia el hecho recogido en varias sentencias de tribunales españoles[16] de que "en dicha cartilla junto al nombre de la Sra. Muñoz Díaz en la casilla parentesco hay una letra retocada que la sentencia (del Juzgado de lo Social) interpreta como esposa, siendo de significar en cualquier caso que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora".

A mayor abundamiento, a partir de una Resolución[17] de la Secretaría General de la Seguridad Social se reconoce derecho a prestación sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestren que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario.

En el parágrafo 69 el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007 que considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado "ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años". Dejando al margen la incongruencia de que el TEDH califique como "marido" a quien no ha celebrado un matrimonio reconocido por la legislación nacional, respecto al argumento de vincular los años cotizados al derecho a una prestación de Seguridad Social hay que señalar que resulta insostenible puesto que los sistemas públicos de Seguridad Social no funcionan como un seguro privado. No hay por tanto correlación entre las cotizaciones que obligatoriamente han de realizar los sujetos legalmente obligados y las prestaciones que les puedan ser reconocidas. Es decir, que se puede cotizar y no tener derecho a una prestación contributiva y, a la inversa, lucrar una prestación contributiva sin cotizar. Y es que "la cotización se configura como una obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto, de aquél"[18].

[16] Hecho recogido tanto en la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002 como en la STC 69/2007.

[17] Resolución fechada en 29 de diciembre de 1984.

[18] Hurtado González, L., "Derecho a la Protección de la Salud y Derecho a la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social", *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº. 78, 1997, pg. 30.

4.2. Manzanas Martín[19]

En esta sentencia, el TEHD falla que España ha infringido los artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio por la diferencia de trato de la normativa de pensiones aplicable a los sacerdotes católicos y a los pastores evangélicos, ya que a estos últimos no se les computaban los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social.

El Tribunal aplica el artículo primero del Primer Protocolo Adicional, precepto que, sin embargo, "no supone un derecho a adquirir bienes, ni limita la libertad que tienen los Estados contratantes para decidir si conviene o no poner en marcha un régimen de Seguridad Social o de elegir el tipo o el nivel de las prestaciones que deben ser acordadas".

Sigue en este fallo el TEDH su reiterada jurisprudencia según la cual se produce una discriminación cuando se trata de diferente manera a las personas que están en una situación comparable, salvo que exista una justificación objetiva y razonable. La "falta de justificación objetiva y razonable" significa que la distinción controvertida no persigue un "objetivo legítimo" o que no hay "una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el objetivo perseguido".

El TEDH considera probado que las posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados -a efectos de pensión de jubilación- los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social no se concedían a los pastores evangélicos en la legislación española.

Habida cuenta de las circunstancias del caso concluye el TEDH que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato al demandante basada en la confesión religiosa. Y que no está justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos puesto que el demandante no dispone de ningún medio para que se tengan en cuenta, a efectos del cálculo de su pensión de jubilación, sus años de actividad pastoral como pastor evangélico antes de su integración en el régimen de la Seguridad Social.

5. EL"DIÁLOGO" ENTRE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO SOBRE EL ARTÍCULO PRIMERO DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL

El TJUE pasó de una inicial pasividad a una declarada defensa de los Derechos Fundamentales como principios generales del Derecho comunitario espoleado por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano[20].

[19] Sentencia del TEDH de 3 de abril de 2012.

[20] De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Solange II y Soweit) e italiano (Granital y Fragd) se desprende que no se descarta completamente la posibilidad de que, llegado el

A partir de la sentencia Nold[21] el TJUE declarará que "los instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros también pueden contener elementos que conviene tener en cuenta en el Derecho comunitario"[22].

Jurisprudencia que se reitera en infinidad de sentencias posteriores y que permite afirmar con Louis[23] que "los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos[24] (Declaración universal, Convenio Europeo, pactos de las Naciones Unidas, Carta Social, etc.) serán fuentes en las que el Tribunal se inspirará"[25]. Llegando el Abogado General La Pergola[26] a afirmar que el Tribunal de Justicia tiene asignado "el papel de intérprete del CEDH por lo que respecta a las reglas que tengan relación con el Derecho comunitario".

Concretamente, en relación con el CEDH, el TJUE viene declarando que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los Derechos Humanos[27]. A sensu contrario" no operará tal garantía cuando el derecho en cuestión no se encuentre amparado por el CEDH.

Ahora bien, las anteriores afirmaciones no deben llevar a la errónea conclusión de que entre ambos Tribunales existe una relación de jerarquía -lo que es falso- ni que el TJUE esté subordinado a la jurisprudencia del TEDH[28].Está fuera de toda duda que el derecho de propiedad se encuentra entre los Derechos Fundamentales que el ordenamiento jurídico comunitario garantiza[29].

caso, los Tribunales Constitucionales pudieran pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa comunitaria si la protección del TJCE a los derechos fundamentales se mostrara insuficiente.

[21] STJCE de 14 de mayo de 1974, caso Nold, asunto 4/73, *Rec. 1974 00491*, p.508. Es de resaltar que la misma se dictó pocas semanas después de que Francia ratificara el CEDH.

[22] Carrillo Salcedo, J.A. "La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas" en VV.AA, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, p.21.

[23] Louis, J.V.*El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, 5ª edición, Luxemburgo, 1995, p.103.

[24] López-Medel resalta que "no es necesario para que el TJCE pueda referirse a uno de ellos, que el instrumento en cuestión haya sido ratificado por todos los Estados miembros, bastando la cooperación o adhesión". Cfr. López-Medel Bascones, M., *Derechos Humanos y Libertades en la Europa Comunitaria*, Madrid: Sociedad Española para los Derechos Humanos, 1992, p.43.

[25] Tal y como Carrillo Salcedo destaca, el que el CEDH "sea una fuente de inspiración del TJCE no significa que esté jurídicamente vinculado". Cfr. Carrillo Salcedo, J.A, "La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas". Op. cit; p.21.

[26] Conclusiones del Abogado General Antonio La Pergola presentadas en el asunto 299/95, caso Kremzow, *Rec. p.I-2631*.

[27] Sentencias TJCE de 18 de junio de 1991, asunto 260/89, caso ERT, *Rec.; p.I-2925*; y de 29 de mayo de 1997, asunto 299/95, caso Kremzow, Rec.; p.I-2637, entre otras.

[28] López Guerra, L., *"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "Le Mouvement Nécessaire des choses", Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163-188

[29] Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, caso Stauder, *Rec. 1969 00419*, p.425; y de 17 de julio de 1997, asuntos acumulados 248/95 y 249/95, caso SAM, *Rec. p.I-43*; de 28 de abril de 1998, asunto 200/96, caso Metronome, *Rec. p.I-1953* "según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario".

La STJUE de 13.6.2017,-258/14 (Florescu) es la primera y, de momento, única sentencia en la que el TJUE ha invocado la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a prestaciones sociales como derecho de propiedad.

El litigio trae causa de la reforma legislativa llevada a cabo en Rumanía por la ley 329/2009, consistente en la prohibición de acumular una pensión neta del sector público con los ingresos obtenidos de actividades ejercidas en el seno de instituciones públicas.

Como expresamente indica el artículo 2 de la ley 329/2009 "las medidas que ésta establece tienen un carácter excepcional y están destinadas a reducir los efectos de la crisis económica y a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Memorando de Acuerdo y del Acuerdo de derechos de giro celebrado entre Rumanía y la Comisión y el FMI".

Tal y como reconoció el Abogado General Bot[30], "el Memorando de Acuerdo es un acto adoptado por las instituciones. En efecto, éste ha sido adoptado sobre la base del artículo 143 TFUE". Y "corresponde a las autoridades rumanas aplicar las medidas que estimen adecuadas y necesarias para cumplir los objetivos generales definidos en el Memorando de Acuerdo, y éste no impone la adopción de una normativa nacional, como la considerada en el litigio principal".

Para el Abogado General "en el contexto muy particular de la crisis económica a la que se enfrentan los Estados miembros, estos, así como las instituciones de la Unión, son ciertamente los que mejor pueden determinar qué medidas pueden tener mayor impacto para sanear el gasto público. Así pues, pienso que los Estados miembros disponen de una amplia facultad discrecional en la materia".

Es decir, la crisis económica y financiera mundial vendría a ser la justificación, en última instancia, de las reformas impulsadas a nivel nacional para cumplir compromisos derivados del Derecho de la UE. Pero, sin duda, esta política de austeridad tiene un elevado coste social[31]:"los recortes y la congelación de las pensiones incrementan el riesgo de pobreza en la vejez".

6. DERECHOS ADQUIRIDOS versus EXPECTATIVAS DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Aunque de las sentencias del TEDH analizadas se infiere que éste mantiene una interpretación extensiva del artículo 1 del PrimerProtocolo Adicional en el que no sólo queda amparado el Derecho de propiedad en sentido estricto, sino también las expectativas de Derecho, tesis ya defendida tempranamente por Lemmes con apoyo en los casos Pine Valley Developments y Pressos Compañía Na-

[30] Conclusiones presentadas el 21 de diciembre de 2016.

[31] Como reconoce el Parlamento Europeo, en su resolución de 14 de junio de 2017.

viera[32], no es ésta la postura defendida por la jurisprudencia española hasta la fecha.

Es más, una diferencia capital entre los tribunales españoles y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, precisamente, el opuesto punto de vista mantenido sobre si las expectativas de Derecho en el ámbito de la protección social son tutelables e indemnizables.

Para nuestro Tribunal Constitucional, "la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas"[33].

Sistemáticamente, el Tribunal Constitucional niega que los efectos de reformas en materia de pensiones que afectan a situaciones de hecho surgidas tras la entrada en vigor de la nueva normativa sean indemnizables pues se rechaza que los ciudadanos tuvieran un derecho consolidado a jubilarse a una determinada edad, o a que sus pensiones se revaloricen conforme a la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado[34]. El Tribunal Constitucional falla que estamos ante meras expectativas de derecho no indemnizables porque "sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario). Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencial consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros".

Hay que destacar que la matización del Tribunal Constitucional a la doctrina jurídica "casi unánime" no es baladí. Porque ciertamente hay autores que rechazan que la dicotomía derecho/expectativa de Derecho sea aplicable en el ámbito de la Seguridad Social.

Entre esta minoría hay autores[35] que sostienen que el derecho a la pensión, como derecho de crédito, se adquiere con la afiliación pues "una vez se cumpla el requisito de ser trabajador y de realizarse la afiliación, esa expectativa de derecho a las prestaciones se convierte en un derecho adquirido mediante la individualización de la norma en el propio trabajador". Para el citado autor las expectativas de Derecho no existen en la relación de Seguridad Social, y desde el momento que un trabajador se afilia a la Seguridad Social tiene un derecho subjetivo a

[32] Lemmes, P. "The Gaygusuz Decision Situated in the Case Law of the European Court of Human Rights" en Stefan Van den Bogaert (Ed.), *Social Security, Non-Discrimination and Property*, Maklu. Antwerpen-Apeldoorn. TheNetherlands, 1997, pp.26-28.

[33] SSTC 99/1987, de 11 de junio; 178/1989, de 2 de noviembre; y 112/2006, de 5 de abril.

[34] Como se recoge en la STC 49/2015 de 5 de marzo.

[35] Entre los que destacan Sarrión Fernández, M. "Los Derechos Adquiridos sobre las Pensiones de Seguridad Social", *Revista de Derecho Privado*, nº 86/2002, pp. 685-724.

las prestaciones sociales a las que califica como "ius ad rem". Sobre esta última institución se ha escrito que "son derechos patrimoniales intermedios entre los derechos reales y los personales de crédito u obligación...una vocación al derecho real que se atribuye al sujeto, entre otros posibles títulos, a través de la ley, con el fin de obtener la utilidad económica de una cosa determinada que aun no tiene". Se trataría de una "situación de tránsito hacia el derecho real"[36].

En la misma línea, hay autores[37] que critican que la jurisprudencia española siga sistemáticamente la clásica y anticuada teoría de los derechos adquiridos como único límite para el legislador para introducir reformas legislativas. Esa teoría está basada exclusivamente en conceptos tomados del Código Civil por lo que defiende la necesidad de reinterpretarlos desde la óptica de las especialidades del Derecho de la Seguridad Social. Se rechaza, por tanto, "la concepción civilista de que todo lo que no es derecho subjetivo adquirido es mera expectativa de derecho y por tanto no merece tutela jurídica alguna. Por el contrario, se parte de que, desde un enfoque dinámico, es posible hablar, con algunas excepciones (como son los derechos de formación instantánea), de la formación sucesiva de los derechos, genéricamente hablando, y específicamente, de los de protección social".

A la luz de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede que la jurisprudencia española haya de ser revisada, ya que es evidente que para el Tribunal de Estrasburgo el derecho de tracto sucesivo a cobrar una pensión -expectativa de Derecho para los tribunales españoles- es tutelable como derecho de propiedad y, por tanto, su privación indemnizable al amparo del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No ha venido a alterar las anteriores conclusiones la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2018. En esta sentencia el Tribunal Constitucional parte de la base de que la pensión "se incorporó al patrimonio jurídico de su titular como el derecho a obtener del Estado una prestación económica periódica de carácter vitalicio, salvo concurrencia de las tasadas causas extintivas legalmente previstas".

Asimismo, constata el Tribunal Constitucional el incumplimiento de la Ley de Procedimiento Administrativo que, respecto a los actos favorables para los interesados que sean anulables por incurrir en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, exige previa declaración de lesividad para el interés público e impugnación ante el orden contencioso-administrativo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la Disposición Adicional 44ª por no cumplir las garantías previstas para las leyes expropiatorias singulares en el artículo 33.3 CE (la finalidad de utilidad pública o interés social que legitima una medida de naturaleza expropiatoria).

[36] De la Encarnación, A.M., *El Tratamiento de la Expectativa en el Derecho Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; pp.93-96.

[37] Fundamentalmente la autora Quintero Lima. Quintero Lima, M. G. "Las Expectativas de Derecho en la Protección Social Complementaria Española", Op. Cit.; pp. 263-298.

A la vista de las consideraciones expuestas no puede colegirse que se haya producido un cambio en la doctrina constitucional sobre la tutela de las expectativas de Derecho en el ámbito de la protección social, porque no es ése el objeto del debate en la sentencia examinada, sino los efectos retroactivos de una ley singular expropiatoria que suprimía con carácter retroactivo el derecho a la pensión de la beneficiaria de Clases Pasivas.

Pero si es digno de ser resaltado que en ésta sentencia el Tribunal Constitucional constata que el derecho a la pensión es un derecho subjetivo de contenido patrimonial cuya supresión encaja -en el caso enjuiciado- en el concepto de expropiación forzosa, cuyo régimen jurídico por tanto le es aplicable.

A partir de semejante premisa no sería imposible que en un futuro su jurisprudencia se alineara con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tutela del derecho a prestaciones sociales -contributivas y no contributivas- como derecho de propiedad.

7. CONCLUSIONES

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin consagrar el Derecho a la Seguridad Social, ha tenido muchísimo más impacto en ésta materia que otros Tratados Internacionales sobre Protección Social.

Y es que al defender el Tribunal de Justicia de Estrasburgo un concepto autónomo frente a los Estados del concepto de propiedad, ha incluido en el ámbito de aplicación material del artículo primero del Primer Protocolo Adicional el derecho a prestaciones de Seguridad Social, tanto contributivas como no contributivas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho suya esta exégesis en la cuestión prejudicial Florescu.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, además, mucho más progresista que la española: no sólo reconoce que un crédito también puede ser un bien en el sentido del artículo primero del Protocolo Nº 1, siempre y cuando esté suficientemente establecido para ser exigible; sino que ha establecido como jurisprudencia consolidada que "desde el momento en que un Estado contratante establezca una normativa que prevea el pago automático de una prestación social debe considerarse que dicha normativa da lugar a un interés patrimonial que entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional respecto de las personas que cumplan sus requisitos".

CALL FOR PAPERS
FOR THE 2019 MARCO BIAGI AWARD

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the International Association of Labour Law Journals announces a Call for Papers for the 2019 Marco Biagi Award. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning comparative and/or international labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.

2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association. Submitted papers should include an abstract.

3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.

4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French or Spanish will also be accepted. The maximum length is in the range of 12,500 words, including footnotes and appendices. Substantially longer papers will not be considered.

5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2019 meeting which is to be announced soon on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.

6. The deadline for submission is 31 March 2019. Submissions should be sent electronically in Microsoft Word both to Lavoro e diritto at lavoroediritto@unife.it and to Frank Hendrickx, the President of the Association, at frank.hendrickx@kuleuven.be and his secretariat: josephine.vanrijmenant@kuleuven.be