

Los derechos fundamentales en el ámbito laboral

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

PID_00141019



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índice

Introducción	5
Objetivos	7
1. Los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa: aproximación general	9
1.1. La eficacia horizontal y vertical de los derechos y libertades fundamentales	9
1.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y contrato de trabajo: la ciudadanía del trabajador en la empresa	13
1.3. Los derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos: especial referencia a la libertad sindical y la huelga	21
1.3.1. Los derechos laborales específicos	22
1.3.2. Derechos laborales inespecíficos	26
2. Incursión en algunos derechos laborales fundamentales inespecíficos	30
2.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación	30
2.1.1. La protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral	31
2.1.2. Las conductas discriminatorias en el ámbito jurídico-laboral	34
2.2. Derecho a la libertad ideológica y religiosa, objeción de conciencia y empresas de tendencia	42
2.2.1. La libertad ideológica y religiosa	42
2.2.2. La objeción de conciencia	47
2.2.3. Las empresas de tendencia	48
2.3. Derecho a la libertad de expresión e información	51
2.3.1. ¿El trabajador tiene un derecho a la crítica a la empresa o a la gestión del empresario?	53
2.3.2. ¿Tiene el trabajador un derecho de denuncia de la situación de la empresa o de la actividad del empresario?	55
2.3.3. ¿Puede emplearse la libertad de expresión como medida de presión y de conflicto colectivo?	56
2.4. Derecho de la intimidad personal y familiar y a la propia imagen	57
2.4.1. El empresario, ¿está facultado para imponer o cambiar la apariencia externa del trabajador?	59

2.4.2.	El empresario, ¿está facultado para grabar a sus empleados?	61
2.4.3.	¿Qué puede hacer el empresario con los datos personales que tiene del trabajador?	62
2.4.4.	El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad laboral de sus empleados?	65
2.4.5.	El empresario, ¿puede interceptar las comunicaciones del trabajador a través del teléfono, el correo o el e-mail?	67
2.4.6.	El empresario, ¿está facultado para efectuar controles médicos a sus empleados?	68
2.4.7.	El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad extralaboral de sus trabajadores?	71
2.5.	Derecho a la tutela judicial efectiva	71
3.	Medidas de protección de los derechos fundamentales.....	73
3.1.	Elección del sistema de protección judicial laboral	73
3.2.	El despido radicalmente nulo	74
3.3.	La prueba indiciaria	75
3.4.	La responsabilidad administrativa y penal del empresario	76
	Resumen.....	77
	Bibliografía.....	79

Introducción

Uno de los elementos caracterizadores del contrato de trabajo es que el trabajador está comprometiendo su propio cuerpo. La visión decimonónica del asalariado como un mero *homo faber* se erigió en un pretexto propiciatorio para el abuso sobre su persona y para, en definitiva, la deshumanización del trabajo.

No obstante, a medida que la dignidad de la persona se consolida como un principio informador del derecho, erigiéndose en el compendio de todos los derechos y libertades fundamentales, progresivamente se asume que su ámbito de actuación también debe predicarse dentro de las paredes de las fábricas.

Y, precisamente, la razón de ser del derecho del trabajo es garantizar el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan. Lo que evidencia una intrínseca conexión entre esta rama del ordenamiento jurídico y los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y la propia proclamación del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 CE).

Sin embargo, la relación laboral se inserta en un contexto particularmente complejo, pues, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un entramado complejo de derechos y obligaciones recíprocas. Lo que condiciona el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos y, sobre todo, plantea un conflicto entre éstos y los poderes directivos y organizativos del empresario.

No cabe duda de que los poderes del empresario constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. A mayor abundamiento, el progreso tecnológico y su paulatina aplicación en múltiples ámbitos de la organización productiva han comportado un incremento de las potenciales conductas lesivas, intensificando sustancialmente las controversias.

En definitiva, éste es un ámbito que exige la atención prioritaria del derecho y de los agentes que intervienen en él. Especialmente, porque en el ámbito laboral constantemente deben delimitarse los contornos del ejercicio de tales derechos y, también, deben facilitarse mecanismos de protección frente a las conductas lesivas, a fin de, por un lado, dar una adecuada reparación a la víctima y, por otro, proyectar una carga disuasoria lo suficientemente eficaz como para reprimir potenciales violaciones.

Aspectos que en su conjunto evidencian que éste es un ámbito del derecho vivo, en constante evolución.

Bajo el título "Los derechos fundamentales en el ámbito laboral", se pretende ofrecer una sintética y sistematizada aproximación al controvertido escenario que describen los derechos fundamentales y el entramado de relaciones que confluyen en el contrato de trabajo.

El propósito de este estudio es facilitar una primera aproximación al régimen jurídico de los derechos fundamentales desde la perspectiva del derecho del trabajo. Para ello, se pretende ofrecer al lector las herramientas y soportes suficientes que le permitan la familiarización con los parámetros conceptuales y la terminología propia de este ámbito jurídico y, en definitiva, la adquisición de una base de conocimiento general y sólida.

Desde un punto de vista metodológico, partiendo del régimen jurídico vigente en el ordenamiento jurídico español, se aspira a ofrecer una aproximación centrada en la casuística. Perspectiva, esta última, especialmente idónea, en tanto que ofrece testimonios en primera persona de los conflictos entre las facultades del empresario y los derechos y libertades de los trabajadores, delimitando la frontera entre el ejercicio legítimo de los derechos del que no lo es.

Objetivos

En síntesis, los objetivos que se persiguen son dos.

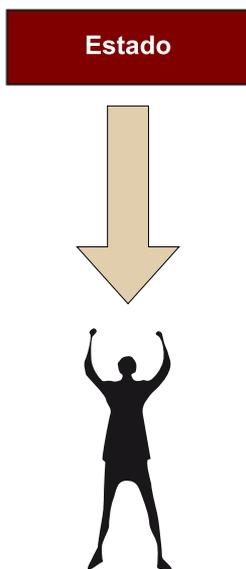
- 1.** Adquirir una inteligencia del régimen jurídico de los derechos y libertades fundamentales en el contrato de trabajo como para que el lector pueda identificar las instituciones jurídicas fundamentales que lo conforman, con el propósito de que sea capaz de reconocer los conflictos que se derivan de las mismas y, sobre todo, las consecuencias jurídicas que se puedan desprender desde una perspectiva jurídico-laboral.
- 2.** Lograr que tales conocimientos operen como una plataforma que fundamente un estudio de la materia con mayor profundidad.

1. Los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa: aproximación general

1.1. La eficacia horizontal y vertical de los derechos y libertades fundamentales

Los derechos fundamentales originariamente han sido concebidos como derechos de defensa frente a las potenciales agresiones del Estado y demás poderes públicos, con el fin de garantizar la libertad y la autonomía del individuo (eficacia vertical).

De modo que la estructura de la relación jurídica de un derecho fundamental se ha descrito a partir de una relación entre el individuo y el Estado. Es decir, en un primer estadio, la eficacia de los derechos fundamentales sólo se reconoce frente a los poderes públicos; y las relaciones entre privados quedan al margen, sobre la base de la creencia de la existencia de una situación equilibrada entre las partes.



El reconocimiento de esta realidad tiene por objeto garantizar, por un lado, un conjunto de derechos vinculados a la personalidad (derechos de libertad) y a la ciudadanía (derechos políticos); y, por otro, el respeto de los poderes públicos de unas esferas de libertad y unos ámbitos de participación. El objetivo es, en esencia, posibilitar el desarrollo integral del individuo y el ejercicio real y efectivo de su libertad; y todo ello como fundamento de la sociedad y del orden político.

Si aceptamos que los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías (Hart), se colige que este reconocimiento debe ir necesariamente acompañado de una serie de medidas dirigidas a posibilitar la efectiva protección de los mismos frente a potenciales agresiones. Especialmente, porque la coherencia interna de todo el ordenamiento depende de ello. Pues bien, entre todas las garantías existentes, destaca el reconocimiento del acceso de los ciudadanos a instancias jurisdiccionales públicas para, con ello, posibilitar la restauración en el disfrute de los derechos violados.

El despliegue de la eficacia de los derechos fundamentales en ámbitos que exceden de la relación Estado-ciudadano descrita ha planteado mayor controversia. O, en otros términos, la posibilidad de extender dicha eficacia a las relaciones de derecho privado o entre particulares, como sucede en la relación entre empresario-trabajador, resulta más compleja.

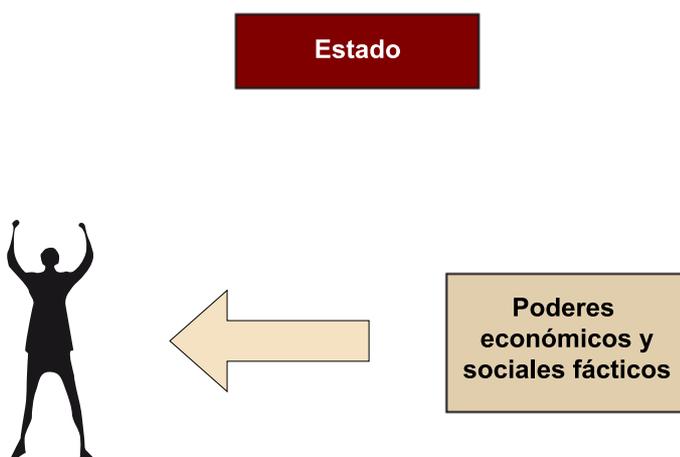
Frente a quienes rechazan este planteamiento, por entender que los derechos fundamentales no deben tener eficacia en las relaciones creadas por la autonomía privada, se ha planteado una visión más próxima a la realidad presente en las sociedades democráticas y de economía de mercado. El punto de partida de esta aproximación renovada es la idea de que el Estado y demás poderes públicos no son los únicos con capacidad para atentar contra la dignidad y libertad de los ciudadanos. En nuestra sociedad también existen poderes sociales, grupos y organizaciones extraordinariamente poderosos que constituyen una seria e implacable amenaza para el individuo (incluso, mayor que la que puedan ejercer los poderes públicos), lo que compele al Estado a socorrer a los ciudadanos y, así, evitar su indefensión.

Cita

"Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías".
Hart

Nota

Hasta hace poco el binomio poder público-individuo ha sido intrínseco a todo el debate que ha rodeado a los derechos fundamentales.



En este sentido, es importante partir de la constatación de que, más allá de las declaraciones de principio, en el seno de las relaciones entre privados es bastante frecuente que la constitución de las relaciones jurídicas no responda propiamente a decisiones absolutamente libres e iguales.

"La empresa genera una situación de poder [...] que expresa el sometimiento real de unos hombres sobre otros, obligados a realizar una determinada conducta. En la conformación social que conocemos [...], los poderes del empresario constituyen una real amenaza para la afirmación de los derechos del trabajador. Y ello no por considerar tales derechos como intrínseca o ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por el hecho cierto de que la lógica empresarial (sus principios y valores) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo así su desarrollo."
Valdés Dal-Ré (1992)

Realidad que, desde un punto de vista político-social, es lo suficientemente poderosa como para defender la necesidad de extender la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados. Lo que, por otra parte, no deja de ser una consecuencia lógica, pues, si los derechos y libertades fundamentales se basan en la dignidad y la libertad del hombre, no parece acertado entender que sólo vinculan a los poderes públicos y que sólo frente a ellos supongan limitaciones (Rodríguez-Piñero, 1996).

Como se sabe, la Constitución española (en adelante, CE) proclama la "dignidad humana" como principio informador del derecho y como norma jurídica, erigiéndose en el primero de los valores sobre los que se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico y, en definitiva, en el compendio de todos los derechos y libertades fundamentales (Ojeda Avilés; Igartua Miró, 2008).

Según el art. 10.1 CE, "La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes [...] son fundamento del orden político y de la paz social".

Y en el art.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza (7 de diciembre 2000), se proclama que "la dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida".

Desde una perspectiva ontológica, por tanto, no existe inconveniente en afirmar que los derechos fundamentales también desarrollan su eficacia en la esfera privada.

En definitiva, esta tesis no es más que una proyección de la declaración del estado social de derecho (art. 1 CE) y al valor normativo que se atribuye a la Constitución (art. 9.1 CE).

Art. 1 CE: "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho [...]."

Art. 9.1 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico."

Por su parte, la STC 177/1988 ha afirmado que "ciertamente, el art. 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) 'en un Estado social de derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social'. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales".

La idea es que los derechos fundamentales no sólo están pensados para asegurar espacios de libertad al individuo frente a la intromisión del Estado, sino que, simultáneamente, se colocan en la "cabecera" del ordenamiento jurídi-

Cita

"El derecho al libre desarrollo de la personalidad se dirige no sólo frente al Estado, sino también frente a terceros."
Krüger

co, proyectando una serie de valores y principios que informan sin excepción todas las esferas y sectores del ordenamiento democrático. Garantizando, en definitiva, un *status socialis* a los ciudadanos frente a los demás –Estado y terceros privados (Rodríguez-Piñero, 1996).

Según la STC 53/1985, "los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política".

La eficacia de los derechos y libertades fundamentales opera de un **modo vertical** (Estado-ciudadano) y, también, de forma **horizontal**, es decir, **frente a terceros distintos al Estado** (terceros privados).

De lo que se desprende que los derechos fundamentales están revestidos de una doble naturaleza (**subjetiva y objetiva**), pues reconocen derechos subjetivos de los individuos y, a su vez, operan como un conjunto de valores y principios inspiradores (o componentes estructurales básicos) de todo el Ordenamiento Jurídico; y a los que se les dota de una **irresistible supremacía**.

Debe entenderse, entonces, que los derechos fundamentales ya no operan únicamente como un pacto para la limitación del ejercicio del poder político, sino que también son un pacto para la configuración de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos (Valdés Dal-Ré, 2003).

Planteamiento en el que las instancias jurisdiccionales asumen un papel trascendental al estar obligadas a contribuir a la efectividad de tales derechos (asumiendo la función de reprimir las conductas lesivas). Ahora bien, para el caso de que no lo hagan, el Ordenamiento Jurídico reconoce a los ciudadanos el derecho jurídico-constitucional (recurso de amparo) de exigir la reparación de la violación sufrida, en esta ocasión, por la conducta omisiva del poder público.

El recurso de amparo

El recurso de amparo es un instrumento jurisdiccional dirigido a reparar la violación sufrida por el comportamiento omisivo de los poderes públicos frente a las lesiones de los derechos fundamentales cometidas por particulares.

De tal modo que, para poder predicar esta **eficacia horizontal**, se exige una primera lesión del derecho fundamental por parte del particular y, a continuación, una segunda por parte de los poderes públicos al no haber reprimido debidamente el comportamiento lesivo del particular.

Así, la violación del derecho fundamental no resulta nunca "sólo" de la conducta del particular, sino que "siempre" debe ir acompañada de la inhibición de los poderes públicos. De modo que la lesión del derecho fundamental sólo emerge tras la sentencia del juez ordinario (momento en el que puede solici-

tarse el amparo ante el Tribunal Constitucional). O, dicho de otro modo, se emplaza a la jurisdicción ordinaria para que en un primer estadio trate de poner remedio a la lesión denunciada (Rivero Lamas, 2003).

Admitida la eficacia horizontal, debe advertirse que el derecho o libertad fundamental no cambia de naturaleza por desarrollarse o realizarse frente a un poder público o frente a un particular. Ahora bien, de ahí tampoco se desprende que su contenido deba ser exactamente el mismo. Lo que, irremediablemente, lleva a predicar su **modalización** en función del ámbito en el que operen (Rodríguez-Piñero, 1996; del Rey Guanter, 1995).

1.2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales y contrato de trabajo: la ciudadanía del trabajador en la empresa

La formulación de la teoría de la eficacia horizontal¹ de los derechos fundamentales tiene su origen en la doctrina alemana (*Drittwirkung*) y una de las principales corrientes precursoras es la propia doctrina laboral (Nipperdey). Lo que no debe sorprender, pues es bien sabido que las relaciones de trabajo se desarrollan en el seno de organizaciones sociales (poderes económicos y sociales fácticos) que constituyen una poderosa amenaza para la dignidad y la libertad de los trabajadores. Por lo que la proclamación de la eficacia horizontal de los derechos y libertades fundamentales parece erigirse como una necesidad inapelable en nuestra sociedad; a partir de la cual se construirá lo que se ha venido a denominar la **ciudadanía del trabajador en la empresa** (a la que nos referiremos más tarde).

⁽¹⁾La teoría de la eficacia horizontal tiene su origen en la doctrina alemana (*Drittwirkung*).

El derecho del trabajo gravita alrededor de una antinomia entre el carácter patrimonial del trabajo y la naturaleza extrapatrimonial del cuerpo humano Supiot (1996)

Teniendo en cuenta que en la relación de trabajo el trabajador arriesga su piel y que el derecho civil es incapaz de mitigar eficazmente esta contingencia, puede decirse que el principal (y primario) objetivo del derecho del trabajo es tratar de imponer la seguridad física de las personas (Supiot, 1996).

Si asumimos que el objeto del contrato de trabajo es el propio cuerpo del trabajador, es fácil advertir que su dignidad y libertad se encuentran intrínseca y permanentemente comprometidas. Sin olvidar, en paralelo, que la relación de trabajo se desarrolla en el seno de una organización compleja y está sometida, en régimen de subordinación, a una autoridad que controla y domina su trabajo.

Se afirma también que el trabajador es el presupuesto antropológico del derecho del trabajo. O bien, que quien presta un trabajo no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo. El trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede constituir el objeto de un contrato de derecho civil.

Sagardoy Bengoechea (2005)

En efecto, uno de los elementos que caracteriza dogmáticamente la relación de trabajo, y que la define como tal, es la nota de **dependencia** (como una consecuencia de la ajenidad –y que junto a la voluntariedad y la remuneración definen a los conceptos de "trabajador" y, por consiguiente, de "contrato de trabajo").

Sintéticamente, el concepto de dependencia significa trabajar "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (art. 1.1 Estatuto de los trabajadores –en adelante, ET).

Aunque debe advertirse que, hoy en día, en el ámbito jurídico-laboral, la dependencia o subordinación no debe entenderse como una sumisión completa a las órdenes del empresario, sino como un sometimiento a la organización y disciplina de la empresa; de modo que el empresario está facultado para dar directrices e instrucciones sobre la prestación de trabajo pactada, así como sobre el tiempo, lugar y contenido del trabajo.

El trabajador, al firmar el contrato de trabajo, queda sometido a los poderes organizativos y directivos del empresario. Relación especialmente polémica y discutida, pues plantea la necesidad de averiguar en qué situación queda el trabajador, en tanto que persona (ciudadano), con respecto a la posición jurídica del empresario. Es decir, cuál es la adecuada ubicación de los derechos fundamentales en la relación de trabajo; o, desde otra perspectiva, hasta dónde pueden extenderse legítimamente las citadas facultades empresariales.

En este contexto, es fácil constatar que el contrato de trabajo se caracteriza por implicar, potencial o efectivamente, importantes limitaciones a numerosos derechos fundamentales. Esto es debido, por un lado, al carácter personalísimo de la prestación a la que se compromete el trabajador y, por otro, al carácter permanente e intenso que la actividad laboral tiene para la mayoría de las personas. Por tanto, el trabajo, en su regulación contractual, es un bien jurídico para el desarrollo de la personalidad e, incluso, la empresa es un ámbito potencial de plena realización de determinados derechos fundamentales, especialmente, porque el trabajo contribuye o puede contribuir a la plena realización de la personalidad en el sentido del art. 10.1 CE (del Rey Guanter, 1995).

Poder de dirección del empresario

En términos similares a lo previsto en el art. 1.1 ET, el art. 20.1 ET afirma que el trabajo debe realizarse "bajo la dirección del empresario".

Según la STC 129/1989, "La garantía por parte de los poderes públicos, y en particular por parte del legislador, de la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador".

También se ha afirmado que "la persona humana, y más concretamente la protección de su dignidad y la potenciación del desarrollo de su personalidad, establece un vaso comunicante directo entre la Constitución y el Ordenamiento Laboral. Lo laboral es un ámbito esencial de la dignidad del hombre y es un ámbito trascendental para el libre desarrollo de la personalidad, de forma que el trabajo está constitucionalmente condicionado por los valores y principios que sirven de fundamento a los derechos fundamentales" (del Rey Guanter, 1995).

del Rey Guanter (1995)

Dentro de la empresa hay un problema de libertades públicas, en tanto que el contrato de trabajo supone por naturaleza la renuncia parcial por parte del trabajador de su libertad.

En resumidas cuentas, puede afirmarse que la misión esencial del derecho del trabajo es asegurar el respeto de la dignidad del trabajador, hasta el extremo que no existiría un verdadero Estado social y democrático de derecho sin el respeto a la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan (Sagardoy Bengoechea, 2005).

La interiorización de los derechos fundamentales en el derecho del trabajo y, particularmente, en el contrato, es un proceso intrínseco a esta disciplina jurídica, que tiene por objeto, no sólo la contención de las potenciales actuaciones lesivas o intrusivas de los poderes empresariales, sino también, la protección de la personalidad, la dignidad y la ciudadanía del trabajador (Rodríguez-Piñero, 2000).

Lo que contrasta con la concepción primigenia del contrato de trabajo, pues, era absolutamente refractaria a los derechos fundamentales.

Ahora bien, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un entramado complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, planteándose un conflicto entre éstos y los poderes directivos y organizativos del empresario. O, de otro modo, un conflicto entre derechos fundamentales de ambas partes.

Por ejemplo, en la STC 126/2003, en la que se enjuician las manifestaciones efectuadas por un trabajador en los medios de comunicación sobre la situación de la empresa, se afirma lo siguiente: "La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Por ello, la capital importancia del ejercicio de la libertad de información no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la libertad de empresa, que también es objeto de garantía constitucional.

Llegados a este punto [continúa el TC], se hace necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos –libertad de información y libertad de empresa– no se traduce sino en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegidos. Debe, en suma, procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos".

El Tribunal Constitucional ha resuelto este conflicto de un modo tajante afirmando que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" (entre otras, SSTC 88/1985, 106/1996, 197/1998, 196/2004 y 56/2008).

Añadiendo que, "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de 'feudalismo industrial' repugnan al Estado social y democrático de derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)" (STC 88/1985).

En este sentido, la doctrina, de un modo muy ilustrativo, ha afirmado que el trabajador al entrar en la fábrica no cuelga, a la vez que su chaqueta para ponerse la ropa de trabajo, los derechos que la Constitución le otorga como ciudadano (Sagardoy Bengoechea, 2005).

Así pues, es inalterable que los derechos fundamentales de libertad reconocidos al trabajador también deben ser garantizados en el ámbito de las relaciones de trabajo y, por consiguiente, frente a los poderes organizativos y directivos. Erigiéndose de este modo en un poderoso (e infranqueable) contrapoder (o límite) con respecto a la posición jurídica del empresario.

Pero no sólo eso, sino que, además, se afirma que el ejercicio de los derechos fundamentales no sólo debe quedar protegido frente a las injerencias del empresario, sino también frente a posibles agresiones de otros trabajadores (STC 126/1990).

De todos modos, notad que la aceptación de este planteamiento no resuelve completamente el conflicto suscitado, sino que lo coloca en el otro extremo, pues, una vez admitida la "universalidad de direcciones" de la proclamación de los derechos constitucionales, y que su protección no puede pararse "a la puerta de las fábricas", es evidente que tampoco puede mantenerse su carácter absoluto, pues, no son derechos ilimitados (Sagardoy Bengoechea, 2005). Antes al contrario, se admiten restricciones, siempre y cuando se interpreten con cautela, de forma que no alcancen una entidad capaz de anular su operatividad (Agra Viforcós, 2006).

El impacto que tiene el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales en la estructura del contrato de trabajo describe un escenario ciertamente complejo. Especialmente porque debe buscarse un equilibrio entre la eficacia de los mismos en el contrato de trabajo y el juego de la autonomía de la voluntad y de los poderes empresariales.

STC 99/1994: "La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Un marco, además, que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato, por especial que éste pueda ser".

Es en este estadio, entonces, donde la **modalización** del contenido de los derechos y libertades fundamentales –a la que hemos hecho referencia anteriormente– cobra pleno sentido. Adaptación que irremediamente afectará a la estructura del contrato, incidiendo en la configuración de las facultades prototípicas que corresponden a las partes contratantes:

- En efecto, debe procederse a una reconceptualización del poder de dirección y del poder disciplinario del empresario, lo que incide en la forma como se especifica la prestación de trabajo y al modo subordinado como se presta, con el objeto de garantizar el respeto de los derechos fundamentales (Rivero Lamas, 2003).

STC 292/1993

Según la STC 292/1993, el poder de control o comprobación que ostenta el empresario encuentra un límite insuperable en los derechos fundamentales del trabajador, que no pueden ser vulnerados por el empresario, obligado a respetarlos.

De todos modos, no se trata sólo de un "mero límite externo" a las facultades del empresario, sino que la interiorización de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo debe evaluarse como un mecanismo de modulación y racionalización del ejercicio regular y legítimo de los poderes empresariales (Rodríguez-Piñero, 2003).

- Un ejemplo de esta adaptación lo podemos observar en el principio de no discriminación, pues está redimensionando de un modo ciertamente notable la discrecionalidad del empresario en el ejercicio de sus facultades directivas y disciplinarias, constriñéndole a evitar determinadas conductas lesivas durante toda la vida de la relación contractual.
- Y a su vez, el trabajador, a partir del instante que se integra en el ámbito de organización y dirección del empresario, también experimentará una adaptación de los derechos y libertades que ostenta como ciudadano.

De todos modos, aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales es un componente esencial del orden público, de ahí no se sigue que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas (STC 19/1985). Pues, "los derechos fundamentales no añaden a[la relación laboral]contenido determinado alguno,

ya que no constituyen por sí mismos ilimitadas cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales" (STC 129/1989).

STC 91/1983

"Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución [...] no son derechos ilimitados sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos."

De lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que el ejercicio de estos derechos se somete a un doble límite (Durán López, 1992):

- Los derechos fundamentales no son derechos ilimitados, por lo que el ejercicio de los derechos ha de realizarse sin rebasar los límites que para los mismos vengán establecidos (STC 126/1990).
- Los derechos y libertades constitucionales no pueden emplearse para "romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas (STC 6/1988).

Es decir, que la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo y la protección de su ejercicio no significa que, por ello, puedan alterarse los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato de trabajo; ni que la organización de la empresa ni las facultades organizativas del empresario deban subordinarse al ejercicio de tales derechos.

Nota

La sujeción del empresario a los derechos fundamentales no justifica un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y *pacta sunt servanda* (los pactos están para ser cumplidos).

Así pues, como ha afirmado el propio Tribunal Constitucional (STC 177/1988) los derechos fundamentales **han de aplicarse matizadamente**, pues han de hacerse compatibles con otros valores y parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente relación jurídica.

Es obvio que la autonomía de la voluntad "no puede ser un título que justifique una desprotección intolerable de los derechos fundamentales de los particulares; pero tampoco estos últimos pueden sofocar, en una proyección maximalista, a la autonomía privada y el ámbito de libertad personal".

Rivero Lamas (2003)

Matización que resulta de la aplicación de una serie de principios como el **abuso de derecho** o la **buena fe** (frecuentemente cuando se trata de la libertad de expresión) "cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección" (STC 120/1983).

STC 6/1988

En este sentido, en la STC 6/1988 se afirma que "el cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire, si duda, cualesquiera actua-

ciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador, supuesto éste en el que, ocioso es decirlo, el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno".

Ahora bien, la exigencia de la buena fe no debe confundirse con "la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe". STC 120/1983.

La buena fe

La doctrina laboral (Gil y Gil, 2003) entiende que a la luz del principio constitucional de la buena fe, el empresario ha de salvaguardar los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, en la medida que no suponga un sacrificio apreciable de sus propios intereses (debe tratar de prevenir su violación, debe tenerlos en cuenta en la organización del trabajo y debe ejercer los poderes empresariales que ostenta para protegerlos –no puede permanecer inactivo frente a las lesiones. De modo que se erige en un mecanismo de equilibrio entre la libertad de empresa y los derechos fundamentales.

Esta adaptación debe efectuarse "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez de derechos que han recibido consagración en el texto constitucional (arts. 33 y 38 CE)" (SSTC 99/1994 y 136/1996).

Este condicionamiento, incluso, puede ser mayor en las denominadas como "**empresas de tendencia**" por cuanto que su función u objeto social es la transmisión de un determinado **ideario**.

O, dicho de otro modo, el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa y del derecho a la propiedad, y la consiguiente existencia de exigencias derivadas de la organización empresarial, se erigen en un límite para el reconocimiento de efectos a los derechos fundamentales.

De modo que determinadas manifestaciones del ejercicio de un derecho fundamental que en otro ámbito podrían considerarse como perfectamente legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el seno de la relación laboral (SSTC 123/1983 y 177/1988).

Ahora bien, esto no quiere decir que el mero "interés empresarial" justifique, *per se*, la adaptación de los derechos fundamentales a los requerimientos de la organización productiva, "sino que tales exigencias organizativas deben venir especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial" (STC 136/1996).

De lo expuesto se colige:

- Primero, el problema esencial viene dado por la necesidad de localizar hasta dónde pueden extenderse lícitamente las restricciones a los derechos fundamentales en nombre de los intereses empresariales.
- Segundo, que estos conflictos sólo pueden esclarecerse a partir de una aproximación puramente casuística, teniendo en cuenta las específicas circunstancias de cada caso.

En este proceso, debe tratarse de hallar una ponderación de los conflictos de derechos e intereses subyacentes, "que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo" (STC 6/1995).

Y esta valoración que exige un "**juicio de razonabilidad**", que permita evaluar las "**razones de necesidad**" de la organización empresarial y la "**proporcionalidad**" de la limitación de los derechos fundamentales derivada de los requerimientos empresariales.

Según las SSTC 37/1998 y 186/2000 (entre otras), la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la **estricta observancia del principio de proporcionalidad**. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el **juicio de proporcionalidad**, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- 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).

Carta de Derechos Fundamentales

En este sentido, el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) establece que: "1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el **principio de proporcionalidad**, 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".

1.3. Los derechos fundamentales laborales específicos e inespecíficos: especial referencia a la libertad sindical y la huelga

En el epígrafe anterior hemos comprobado como el reconocimiento de derechos fundamentales al trabajador suscita un problema de conciliación entre la subordinación inherente al contrato de trabajo y a la finalidad de la empresa, por una parte, y los límites que esta subordinación no puede sobrepasar sin atentar a la parte inalienable de los derechos y libertades fundamentales, por otra (del Rey Guanter, 1995).

La CE reconoce el Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE) y asigna a los sindicatos de trabajadores y empresarios el papel de contribuir a la promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE).

En paralelo, se reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos de carácter colectivo: derecho a sindicarse libremente (arts. 7 y 28.1 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el derecho de huelga (art. 28.2 CE).

Libertad sindical y tratados internacionales

La libertad sindical está reconocida en los principales tratados de derechos humanos: art. 23.4 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); art. 8.1.a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); art. 22.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); art. 2 Convenio n.º 87 OIT (1948) y Convenio n.º 98 OIT (1949); Parte I.5 de la Carta Social Europea (1961); art. 11.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950); art. 11.1.º y 2.ª Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989); art. 12.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

Éstos son derechos específicamente laborales que, en esencia, responden a una lógica de defensa frente a la explotación económica y que ha inspirado y disciplinado el derecho del trabajo (Rodríguez-Piñero, 2003). Desde una perspectiva doctrinal, se entiende que se trata de derechos laborales **específicos** (Palomeque López, 1991), pues sólo pueden ser ejercitados por trabajadores, como tales trabajadores.

Además, son derechos que tienen como especial condicionamiento que sólo se explican y pueden ejercitarse en el marco de una relación laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005).

La CE también reconoce una serie de derechos fundamentales que, aunque no tienen una dimensión estrictamente laboral (específicos), tienen una incidencia notable en el ámbito laboral. La expresión **derechos laborales inespecíficos** se emplea precisamente para referirse a los atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al mismo tiempo son trabajadores; convirtiéndose en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer. O, dicho de otro modo, son derechos

del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano (Palomeque López, 1991), es decir, derechos de la persona que están impregnados por la relación laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005).

1.3.1. Los derechos laborales específicos

En cuanto a los **derechos específicos**, prestaremos especial atención a la libertad sindical y al derecho de huelga, por ser los únicos comprendidos en la sección 1.ª del capítulo II del título I CE:

El desarrollo legislativo del art. 28.1 CE se ha canalizado a través de la LO 11/1985, 2 de agosto, Libertad Sindical (LOLS).

El art. 11.1 LO 4/2000, 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reconoce a los extranjeros el "derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España". Y según el art. 11.2, "cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga". No obstante, la STC 236/2007 ha declarado la inconstitucionalidad del art. 11.1 exclusivamente respecto al "derecho a sindicarse libremente". Y, respecto al art. 11.2, la STC 259/2007 declara la nulidad del inciso "cuando estén autorizados a trabajar" (ver también SSTC 260 y 261/2007).

Comité de Libertad Sindical-OIT

Es una institución dependiente del Consejo de Administración de la OIT, encargado de examinar las quejas en relación con los Convenios nº 87 y 98 OIT.

Según el art. 28.1 CE, el derecho a la libertad sindical comprende, por un lado, la posibilidad de sindicarse libremente, y por otro, la libertad para fundar sindicatos.

- **Fundación de un sindicato.** Según el art. 2.1.a) LOLS, la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa, así como el derecho a suspenderlos o extinguirlos por procedimientos democráticos. Se trata de un derecho atribuido a los trabajadores (con las excepciones previstas en el art. 3.1 LOLS).

El contenido mínimo de las normas estatutarias está previsto en el art. 4.2 LOLS: denominación; domicilio y ámbito territorial y funcional de actuación del sindicato; órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento y sistema de elección de sus cargos; requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de estatutos, de fusión y disolución del sindicato; y, finalmente, el régimen económico de la organización.

De todos modos, conviene advertir que los sindicatos no son las únicas instituciones que pueden representar a los trabajadores y promover y defender sus intereses económicos y sociales. Concretamente, en el Ordenamiento Jurídico español existen otros sujetos, de creación legal o convencional, como por ejemplo los comités de empresa, los delegados de personal o las juntas de personal, que pueden realizar estas actividades. Y para ello cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales

y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 C.E.), la negociación colectiva (art. 37.1 C.E.) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 C.E.), que el texto constitucional no reserva en exclusiva a los sindicatos (STC 13471994).

Sindicatos y pluralismo

La unidad sindical coactiva o autoritariamente impuesta, proceda del Estado o de un sindicato dominante, viola la facultad de crear sindicatos en concurrencia, que es esencia de la libertad sindical (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2003).

- **Afiliación al sindicato:** La afiliación es el ejercicio del derecho del trabajador a afiliarse. Es decir, el acto libre en virtud del cual se asocia a un sindicato ya constituido, aceptando sus estatutos e integrándose en la unidad, jurídica y moral, que constituye la asociación sindical, sin que la no admisión de un trabajador por no pertenecer al ámbito territorial y/o profesional del sindicato, o bien, por estar afiliado a otro sindicato deba entenderse como contrario al derecho de afiliación (Alonso Olea; Casas Baamonde, 2003).

El derecho fundamental de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE integra el "derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros" (STC 94/1995). Pudiéndose distinguir una manifestación colectiva y otra individual:

Cita

El art. 2.1.b) LOLS reconoce "el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos del mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato".

Art. 12 LOLS

"Serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales".

- En su **vertiente colectiva** comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (STC 168/2006 y 4/1983). En coherencia con dicho contenido constitucional, las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho al "ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella" (art. 2.2.d LOLS).

La propaganda institucional dirigida a promover la participación en las elecciones a órganos de representación de los trabajadores difícilmente cabe considerarla como una injerencia ilegítima e incompatible con la CE (STC 208/1989).

De este modo, la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7

CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (STC 11/1981).

Incluidos en estos derechos de actividad y medios de acción están (SSTC 4/1983 y 281/2005):

- la negociación colectiva;
- la huelga y el planteamiento de conflictos individuales y colectivos, y
- cualquier forma lícita de actuación que los sindicatos consideran adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados, como la libertad de expresión y la libertad de información.

STC 17/2005

"La libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una 'garantía de indemnidad'".

- En su **vertiente individual**, el reconocimiento del derecho a la afiliación debe complementarse con el derecho de todo trabajador afiliado a llevar a cabo la **actividad sindical**, sin sufrir represalias o discriminación por ello, ni por causa de la afiliación a un sindicato (STC 111/2003); ni tampoco por participar en acciones sindicales sin estar afiliado al sindicato (STC 90/1997), circunstancia que implica una garantía de indemnidad (STC 134/1994).

La extinción de los contratos de auxiliares administrativos, en su mayoría afiliados a un sindicato, no puede justificarse por causas económicas de reestructuración de plantilla (STC 48/2002). Y, una empresa incurre en conducta antisindical si incentiva bajas y jubilaciones entre los miembros de una candidatura electoral para que esta no se presente (STS 12 de abril 2008); o bien, dispensa un trato salarial y profesional distinto entre representantes sindicales –en función del sindicato al que pertenecen (STC 74/1998). Es importante advertir que la vulneración de la libertad sindical no sólo puede derivar de la conducta empresarial, sino que también puede ser ejercida por otro sindicato o por el Comité de Empresa (STC 183/2007).

De todos modos, de la tutela de la libertad sindical no se puede derivar una intangibilidad absoluta de los puestos de trabajo de los representantes sindicales, ni la consideración de que toda conducta empresarial que perjudique sus condiciones laborales constituya una discriminación en el empleo por motivos sindicales (STC 308/2000).

Por otra parte, no es contrario a la libertad sindical que el legislador prevea medidas de fomento de la sindicación (STC 12/1983). O bien, que atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindicuen. Siempre claro está que este trato diferenciado esté justificado (STC 68/1982).

Según el art. 8.1.b) LOLS, los trabajadores afiliados al sindicato podrán **recaudar cuotas** o **distribuir información** sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa; o bien, –art. 8.1.c) LOLS– a **recibir la información** que le remita el sindicato.

En este sentido, siempre que no perturbe la actividad normal de la empresa, no se perjudique el uso normal del empresario de la herramienta de producción o no se ocasionen gravámenes adicionales, los sindicatos implantados tienen derecho a utilizar el sistema de comunicación informática corporativo ya que es derecho a la comunicación se constituye como parte del núcleo esencial de libertad sindical. Por consiguiente, el rechazo por parte del servidor de la empresa de los mensajes enviados por un sindicato, después de haberlo permitido con anterioridad, debe calificarse como un atentado a la libertad sindical (STC 281/2005). Y la negativa de la empresa a facilitar el acceso y el uso del correo electrónico a un sindicato, cuando se lo permite a otros, también debe ser calificada del mismo modo (STS 23 julio 2008).

La protección de la libertad de sindicación ha de realizarse tanto frente a los actos que **directamente** atenten contra ella por medio de coacción, mandato imperativo o imposición de obligación, como asimismo frente a violaciones **indirectas** que pueden existir en aquellos casos en que se produce una presión para que los trabajadores adopten una actitud que, al nacer de una presión, deja de ser libre (STC 12/1983).

STC 12/1983

"El derecho reconocido en el art. 28.1 CE es un derecho de libertad que puede contemplarse en sentido positivo como derecho de creación de sindicatos y de afiliación a ellos, y en sentido negativo, como derecho de permanecer al margen de cualquier organización sindical o a no sindicarse".

Por ello, en virtud de la **libertad sindical negativa**, cualquier pacto individual o colectivo que imponga como condición para el nacimiento o mantenimiento del contrato de trabajo la sindicación en general o a un sindicato en particular debe calificarse como atentatoria para la libertad sindical (vulnerando el art. 28.1 CE, arts. 2.1.b y 12 LOLS y 17 ET). Es decir, los trabajadores son libres para decidir que no quieren afiliarse a un sindicato, o bien, que quieren separarse del que están afiliados, sin que pueda derivarse ningún tipo de represalia o discriminación por esta decisión.

De todos modos, la libertad sindical no es incompatible con que los convenios colectivos establezcan cláusulas para que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación financien a los sindicatos representados en las comisiones negociadoras. De todos modos, se exige que el trabajador dé su consentimiento por escrito (art. 11.1 LOLS). Ahora bien, el descuento de las retribuciones a los trabajadores tras una huelga, sin tener en cuenta su efectiva participación, sino la información sobre la afiliación sindical (que la empresa conoce a partir de la clave que consta en la nómina para descontar la cuota sindical), es una conducta que atenta contra los derechos fundamentales (STC 11/1998).

En lo relativo a la **huelga**, puede afirmarse que constituye una pieza esencial para poder afirmar la existencia del Estado Social y Democrático de Derecho (arts. 1.1 CE). Es un derecho que está intrínsecamente conectado con los arts.

7, 28.1 y 37.1 CE, especialmente, porque la huelga es un elemento esencial de la actividad sindical y un instrumento de presión fundamental en los procesos de negociación colectiva.

Titularidad del derecho de huelga

Según la STC 11/1981 "si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho a sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales".

Desde el punto de vista de su evolución histórica, conviene apuntar que, frente a estadios previos de la historia en la que era una conducta tipificada penalmente –"huelga delito"– ("por alterar ficticiamente el precio de las cosas"); o más tarde, una conducta susceptible de ser sancionada contractualmente –"huelga-libertad"–, hoy en día es reconocida plenamente como un derecho –"huelga derecho" (sin que sea posible derivar ningún tipo de sanción por su ejercicio legítimo)–.

A pesar de que el desarrollo constitucional del derecho de huelga reconocido en art. 28.2 CE, exige una ley orgánica, a fecha de hoy, este desarrollo está previsto en una norma preconstitucional: el Decreto-Ley 17/1977, 9 de marzo, que reforma la normativa sobre relaciones de trabajo. Norma que ha sido depurada por parte de la STC 11/1981, que –transitoriamente– admitió su constitucionalidad, previa anulación y reinterpretación de alguno de sus preceptos.

1.3.2. Derechos laborales inespecíficos

Los derechos fundamentales **inespecíficos** son los derechos de la persona que ejerce todo ciudadano en su condición de trabajador que, de algún modo, quedan impregnados por la propia relación laboral.

Estos derechos constitucionales son los siguientes:

- En primer lugar, debemos citar los derechos **de igualdad y no discriminación** (art. 14 CE). A pesar de que estos derechos no tienen un contenido típicamente laboral y que ostentan un alcance general, presentan un ámbito de aplicación especialmente apropiado en las relaciones laborales. De hecho, son derechos recogidos expresamente en los arts. 4.2 c) y 17 Estatuto de los trabajadores (en adelante, ET).

Art. 4.2.c ET y 17 ET

Según el art. 4.2.c ET, los trabajadores tienen derecho a "no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

Y de acuerdo con lo previsto en el art. 17 ET, "se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación".

- La **libertad ideológica y religiosa** (art. 16.1 CE), en virtud de la cual nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE). Debiéndose entender incluida la afiliación sindical –STC 94/1998.
- El derecho al **honor, a la intimidad personal y a la propia imagen** (art. 18.1 CE) –recogido en la legislación laboral en el art. 4.2.e ET:

Los trabajadores tienen derecho "Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

El derecho a **expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones** mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a CE) –recogido en la normativa laboral, únicamente como garantía de los representantes de los trabajadores en la empresa, en el art. 68.d ET:

"Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: d) Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa".

- El derecho a "**comunicar o recibir libremente información** veraz por cualquier medio de difusión" (art. 20.1.d CE).
- El derecho de **reunión** (art. 21 CE) –recogido en la legislación laboral en los siguientes preceptos: art. 4.1.f ET, derecho de reunión; arts. 77 a 80 ET, derecho a reunirse en asamblea; y art. 8.1.b) LOLS derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a celebrar reuniones, previa notificación al empresario en la empresa o centro de trabajo.

STC 18/1981

Según la STC 18/1981, "Si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que, con sujeción a la Constitución y sin perjuicio de su regulación general, se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puede afectar de alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate y en que normalmente requiere, además, la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas

de trabajo o en locales de la empresa)". Por otra parte, "uno de los fines lícitos para los que puede ejercitarse el derecho de reunión es el relativo a la acción sindical".

- El derecho a la **tutela judicial efectiva** (art. 24 CE) –recogido en los arts. 4.2.g y 65.1 ET y en la Ley de Procedimiento Laboral.

Art. 4.2.g ET y 65.1 ET

Art. 4.2.g ET: los trabajadores tienen derecho "al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo".

Art. 65.1 ET: "Se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros".

- El derecho a **no ser sancionado** por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE).

Como elementos caracterizadores de todos los derechos enunciados, se puede afirmar que estos derechos inespecíficos son derechos de **libertad**, en tanto que atañen a la persona, y de **inmunidad**, en tanto que de ellos se tiene una expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias.

La CE, asimismo, reconoce a los trabajadores un conjunto de derechos que no tienen la condición de fundamentales: se reconoce el derecho al trabajo, al pleno empleo, al percibo de un salario suficiente, a la libertad profesional y a la promoción social (art. 35.1 CE –que integra el concepto de estabilidad en el empleo y el sistema de extinción causal del contrato, SSTC 22/1981 y 20/1994); el derecho al descanso y a las vacaciones retribuidas, así como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE); o bien, el derecho de participación de los trabajadores (art. 129.2 CE). Repárese que, aunque se trate de derechos recogidos en la Constitución, ninguno de ellos tiene el rango de fundamental a diferencia de los derechos colectivos (recogidos en el art. 28.1 y 2 CE).

El hecho de que la CE atribuya el carácter de fundamental (esto es, incluido en la sección 1.ª del capítulo II del título I) a "derechos colectivos", probablemente pueda explicarse como una evolución necesaria frente a la prohibición de la libertad sindical y la huelga durante el franquismo.

Para cerrar esta aproximación, conviene recordar que, además, el art. 40.2 CE, integrado en el capítulo III (*Principios Rectores de la Política Social y Económica*) emplaza a los poderes públicos para fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesional y para que velen por la seguridad e higiene en el trabajo, garantizando el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. El art. 41 CE, por su parte, proclama que los poderes

públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

Aunque es cierto que los derechos fundamentales limitan las facultades organizativas del empresario, esto no quiere decir que se le esté imponiendo una actitud de fomento o promoción (similar a la que se exige a los poderes públicos). De hecho, a diferencia de los derechos fundamentales específicos (en los que se exige una labor de promoción por parte del empresario), se entiende que con respecto a los derechos inespecíficos la conducta del empresario debe regirse por el principio de **neutralidad** (STC 19/1985).

Por otra parte, es importante advertir que el empresario también ostenta derechos fundamentales inespecíficos (derecho al honor y a la intimidad, a la libertad de expresión, etc.).

De todos modos, teniendo en cuenta que las facultades que tiene reconocidas el empresario en virtud del contrato de trabajo le legitiman para ejercer de forma inmediata dichos poderes, es lógico entender que la trascendencia de los derechos fundamentales inespecíficos se prediquen con carácter unilateral o prioritario en beneficio del trabajador, pues, es quien se halla más amenazado (del Rey Guanter, 1995).

En suma, podemos afirmar que el impacto de los derechos fundamentales no estrictamente laborales (o inespecíficos) en el contrato de trabajo ha sido extraordinario. Especialmente, porque se constata que una doctrina del Tribunal Constitucional, construida empleando normas jurídico-laborales o a partir de supuestos propios del ámbito laboral, ha sido aplicada a preceptos o supuestos no laborales, convirtiéndose, en definitiva, en un parámetro de referencia. Por este motivo, la doctrina laboral habla de la existencia de una "**Constitución laboral**", de un "**bloque de constitucionalidad laboral**" o de una "**laboralización de la Constitución**".

En paralelo, también se habla de una **constitucionalización del derecho del trabajo**, esto es, la incorporación de los principios fundamentales configuradores de esta disciplina jurídica en la norma fundamental (Alarcón Caracuel, 1992; Rodríguez-Piñero, 1992).

2. Incursión en algunos derechos laborales fundamentales inespecíficos

2.1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La igualdad es uno de los valores superiores que fundamentan el Estado social (art. 1.1 CE).

El derecho a la igualdad que recoge el artículo 14 CE es un **derecho subjetivo relacional (no autónomo)**: su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas, de modo que es difícil que una violación de la igualdad no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho.

En general, la **discriminación** supone un tratamiento sistemáticamente peyorativo frente a un grupo de sujetos, basado en condiciones personales o familiares sobre las que no tienen facultad de elección, o en el ejercicio de derechos elementales, vinculados con la idea misma de dignidad humana. Por este motivo, se entiende que la existencia de una situación de discriminación en una determinada sociedad supone algo más que una mera diferencia de trato; es un verdadero atentado a la dignidad humana, a las más elementales situaciones de respeto al ser humano (Fernández López, 1992).

Entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación puede establecerse, por tanto, una clara distinción. El principio general de igualdad sólo veda el comportamiento arbitrario o injustificadamente desigual del empresario –mandato débil. En cambio, la prohibición de discriminación exige la identidad de trato. Por este motivo, sólo se admiten las excepciones que tengan un fundamento constitucional expreso –mandato fuerte (Martínez Rocamora, 1998).

Principio de igualdad de trato

El principio de igualdad de trato puede definirse como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona (art. 28.1.a Ley 62/2003).

No toda desigualdad de trato debe calificarse como atentatoria al principio de igualdad, sino sólo las que no estén justificadas, de acuerdo con criterios o juicios de valoración generalmente aceptados.

La prohibición de discriminación supone un tratamiento diferenciado y sistemáticamente peyorativo de un grupo de sujetos, basado en sus condiciones personales o familiares –sobre las que no tienen libertad de elección– o en el ejercicio de derechos fundamentales.

El acto discriminatorio puede manifestarse de un modo **directo**, o bien **indirecto** (art. 28 Ley 62/2003, 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social):

- La **discriminación directa**, más fácil de detectar, se produce en las situaciones en las que una persona sea tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Y, según el art. 6.1 LOI, "se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en la que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable".

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, STJCE) 10 de julio 2008 resuelve un supuesto de discriminación directa, en la que un empresario, después de haber ofertado un empleo, declara públicamente que su empresa busca instaladores pero no puede emplear a "extranjeros" a causa de las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado durante la ejecución del trabajo.

- La **discriminación indirecta** hace referencia a disposiciones **aparentemente neutras** que puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de alguna de las circunstancias tuteladas (origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o orientación sexual), siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

Como recoge la STC 3/2007, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, siguiendo con la doctrina del TJCE, que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas.

Y, según el art. 6.2 LOI "se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

2.1.1. La protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral

La protección de la igualdad y la prohibición de discriminación se recogen en numerosas disposiciones jurídico-laborales.

Mientras que el art. 4.2.c) ET se refiere a la no discriminación como un derecho básico de los trabajadores, el art. 17 ET establece la prohibición de discriminación en las relaciones laborales (contenidas en preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario). Por otra parte, teniendo en cuenta el mandato del art. 9.2 CE, la Legislación Laboral admite la adopción de medidas de **discriminación**

o **acción positiva**. Es decir, el principio de igualdad de trato no impide que se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos, con el objeto de prevenir o compensar las desventajas que sufren (párrafos 2 a 4 del art. 17 ET).

Discriminación y acceso al empleo

El art. 22 de la Ley 56/2003, 16 diciembre, de Empleo, establece la necesidad de respetar los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, garantizando la plena transparencia del proceso de selección para el acceso a un empleo.

A raíz de la Ley 62/2003 (en consonancia con el art. 13 del Tratado de la Unión Europea y las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE) se ha producido una ampliación de las causas de discriminación. Así, se ha incluido la discriminación por orientación sexual, se ha añadido la discriminación por razón de origen racial o étnico y la vinculada a ideas religiosas.

También deben tenerse en cuentas las medidas antidiscriminatorias dirigidas a las personas con discapacidad previstas en la Ley 51/2003, 2 de diciembre, sobre Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Por otra parte, el art. 3 de la LO 3/2007, 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI) establece que "el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil". Añadiendo en el art. 4 que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral (art. 45 LOI).

Ahora bien, en las empresas de más de 250 trabajadores, después de realizar un diagnóstico de situación, debe negociarse un **plan de igualdad**, con el objeto de alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. En concreto, los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46 LOI).

Plan de igualdad

Las empresas de más de 250 trabajadores están obligadas a negociar un plan de igualdad (para el resto es voluntario, salvo que el convenio colectivo prevea otra cosa).

En cuanto a la distinción entre la discriminación directa y la indirecta, la legislación laboral también se ha hecho eco profusamente:

STC 240/1999

"La específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo".

- Reconociendo el derecho a los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente (art. 4.2.c ET); o bien,
- prohibiendo cualquier tipo de discriminación directa o indirecta (art. 17.1 ET); o bien,
- exigiendo al empresario que pague "por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella" (art. 28 ET).

Asimismo, la Autoridad Laboral debe velar por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo (art. 90.6 ET).

Por otra parte, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente con ocasión de las medidas de garantía de los derechos fundamentales, en este estadio de la exposición, conviene señalar un aspecto de suma relevancia. La eficacia de la prohibición de discriminación que recoge la normativa laboral depende de la existencia de un mecanismo sancionador que trate de disuadir a los potenciales agresores de efectuar estas conductas socialmente indeseadas. Así, junto con la posibilidad de exigir responsabilidades penales y/o administrativas, la legislación laboral declara la nulidad de la disposición, acto o conducta discriminatoria –art. 17.1 ET.

STC 183/2007

"La discriminación puede viciar actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento y que, cuando así ocurre, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental, determinando la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio".

Medida que presenta algunas particularidades cuando se trata de un despido. En efecto, siguiendo con la doctrina sentada por la STC 38/1981, si el empresario extingue el contrato en base a un motivo discriminatorio, o bien, atentando contra los derechos y libertades fundamentales, se entiende que el **despido es radicalmente nulo**. Lo que significa que está obligado a readmitir al traba-

jador (y el trabajador a ser readmitido), sin posibilidad, por tanto, de sustituir dicha obligación por el pago de una compensación económica (como sucede en los despidos declarados improcedentes –esto es, en los que no concurre la causa alegada por el empresario al extinguir). La aplicabilidad de esta regla, no obstante, depende de que se den las circunstancias siguientes:

STC 29/2002

"Es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga, recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada".

- En primer lugar, el trabajador debe **probar** la existencia de un **indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental** (en el resto de supuestos extintivos es el empresario el que tiene la carga de la prueba).
- En segundo lugar, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate (STC 38/1981).

2.1.2. Las conductas discriminatorias en el ámbito jurídico-laboral

La organización productiva es un espacio especialmente propicio para que se den conductas discriminatorias. Lo que exige, como hemos comprobado, una atención especial por parte del legislador. De todos modos, el respeto de la igualdad y la prohibición de la discriminación no significa que la dirección de una empresa esté sujeta a un principio absoluto de igualdad de trato –lo que, a su vez, no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias (STC 128/1987).

Centrándonos en la tipología de las conductas discriminatorias, el listado de motivos recogidos en la normativa laboral descrita e, incluso, en la propia CE (art. 14 CE) no es cerrado, sino que es un *numerus apertus*. Según la STC 75/1983, la referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación del art. 14 CE no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación.

Hecha una breve alusión a la discriminación por motivos sindicales, la exposición que sigue se centrará en los siguientes motivos discriminatorios: discriminación por razón de sexo, por discapacidad y por razón de la edad. Teniendo en cuenta que el derecho a la igualdad no es un derecho autónomo, sino relacional, para evitar reiteraciones, la exposición del resto de supuestos discrimi-

natorios más relevantes se efectuará con ocasión del análisis de los derechos fundamentales laborales inespecíficos (en concreto, al analizar el derecho a la libertad religiosa e ideológica).

Otros supuestos discriminatorios

La **orientación homosexual**, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (STC 41/2006).

El **estado de salud del trabajador** o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE (STC 62/2008).

La **naturaleza temporal** del contrato de trabajo también puede ser un motivo discriminatorio (SSTC 52 y 136/1987 y 177/1993); o incluso, el carácter **interino** o **funcionario** de la relación (STC 203/2000).

El principio de igualdad también puede verse vulnerado si se establece un régimen jurídico que prevé diferencias en función del **vínculo familiar** –matrimonio, parejas de hecho, etc. (STS 21 de mayo 2002).

Discriminación por razón de sexo

El art. 14 CE persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se encuentra la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo (STC 19/1989), lo que impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo (STC 28/1992). La discriminación por razón de sexo puede manifestarse (lamentablemente) de múltiples modos:

- La discriminación puede estar presente en el contenido de normas legales o reglamentarias. Por ejemplo, se estima que atenta contra el principio de igualdad la prohibición de trabajo de las mujeres en el interior de las minas, pues, aunque la especial dureza de este trabajo puede requerir determinadas exigencias de fortaleza y condición física, éstas habrán de ser exigibles por igual al hombre o a la mujer, al margen de su sexo (STC 229/1992).

O bien, el régimen jurídico previsto para acceder a las prestaciones de incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial (más gravoso que para los trabajadores a jornada completa), por tratarse de una modalidad contractual que afecta predominantemente al sexo femenino (STC 253/2004). Asimismo, la suspensión de la demanda de empleo de una desempleada durante el período de maternidad debe calificarse como discriminatorio (STC 214/2006).

En el ámbito funcional, la STC 240/1999 ha declarado que "el no reconocimiento de la posibilidad de obtener una excedencia por cuidado de hijos por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad", pues "hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos", por lo que "en la práctica, la denegación de este tipo de solicitudes constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral".

La lucha contra la discriminación en el ámbito comunitario

La jurisprudencia TJCE se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

- La discriminación también puede provenir de la **regulación** de las condiciones de trabajo prevista en los convenios colectivos. En este sentido, conviene advertir que la existencia de una previa negociación entre los representantes de las partes no es un argumento suficiente como para concluir que el trato diferente que aquél establezca responde "indudablemente a unos motivos que se estimaron de suficiente entidad para servirle de sustento" (STC 28/1992).

Así, por ejemplo, si el convenio colectivo de una compañía aérea prevé una cláusula de retiro anticipado sólo para trabajadores del sexo femenino entre 35 y 40 años (en base a la necesidad de que las auxiliares de vuelo femeninas tuvieran una buena presencia física) no está justificado, debiéndose extender a todo el personal de la empresa (STC 207/1987).

En cambio, no se otorga el amparo a un trabajador que solicita que se le reconozca una determinada ventaja económica (plus de transporte nocturno) prevista en el convenio colectivo únicamente para los trabajadores de sexo femenino (STC 28/1992). Ni tampoco a un hombre casado, con una hija, al que se le niega un complemento retributivo (en concepto de guardería), por cuanto que está previsto para las mujeres con hijos o los varones viudos con hijos (STC 128/1987).

El derecho a la igualdad también puede verse vulnerado si el convenio colectivo prevé una retribución inferior a las trabajadoras con respecto a los varones, pese a realizar un **trabajo de igual valor**. Elemento, éste último, de capital importancia cuando la discriminación se trate de encubrir en la existencia de categorías o grupos profesionales distintos ocupados preferentemente por trabajadores de uno u otro sexo –y, por consiguiente, se trate de justificar sobre la base de las diferentes funciones realizadas y/o en el especial esfuerzo físico requerido. Al respecto, el TC ha declarado que el sexo no puede ser un factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico (STC 147/1995).

En estos casos, en la valoración del trabajo, ha de garantizarse y exigirse que los propios criterios de evaluación del trabajo no sean, por sí mismos, discriminatorios. Por ello, debe evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros (STC 58/1994). De hecho, se estima que la prohi-

bición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración, a efectos salariales, rasgos inherentes a uno de los sexos en detrimento del otro (STC 145/1991).

- En términos generales, siguiendo la doctrina del TC, la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. Sino que este tipo de discriminación también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (SSTC 182/2005, 214/2006, 17/2007 y 233/2007). Y esto sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Por otra parte, como recoge la STC 28/1992 en referencia al sexo, en el art. 14 CE, implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo.

La prohibición de la discriminación por razón de sexo junto con el art. 9.2 CE admiten la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares. Pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones.

En este contexto deben incardinarse las actuales medidas de promoción de la conciliación de la vida familiar y laboral. Éstas no sólo focalizan su atención en la inserción laboral o mejora de condiciones laborales de la mujer con responsabilidades familiares, si no que también persiguen la distribución de tales responsabilidades. Tratando, en definitiva, de facilitar la inserción del trabajador con responsabilidades familiares, con independencia de su sexo (Purcalla Bonilla, 2004).

STC 182/2005

"La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo".

Consecuentemente con este planteamiento, la legislación laboral ha tratado de establecer una serie de medidas dirigidas a proteger estas circunstancias. Y en especial, en lo concerniente al despido.

Así, al igual que en los supuestos de despido que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas

STC 128/1987

En comparación con los varones, "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él".

del trabajador, la extinción injustificada del contrato en los casos en los que el trabajador esté o haya ejercido alguno de los derechos que tiene atribuidos con el objeto de conciliar la vida familiar y laboral también serán declarados nulos.

Maternidad y empleo

El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales (STC 92/2008).

En concreto, en virtud del art. 55.5 ET, declara que "será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37[permiso o reducción por lactancia y por hijo prematuro y reducción de jornada para el cuidado de un familiar], o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46[suspensión para el cuidado de un familiar]; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.
- c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo".

En este sentido, uno de los aspectos más controvertidos ha girado alrededor de la posibilidad de declarar la nulidad del despido en supuestos en los que la empresa no tenía conocimiento del embarazo; planteándose si la trabajadora estaba obligada a probar la existencia de un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental o no. La STC 92/2008, en este sentido, ha estimado que para declarar la nulidad del despido de la trabajadora embarazada no es necesaria la concurrencia de un ánimo empresarial discriminatorio y, por tanto, el conocimiento previo del estado de embarazo. O dicho, de otro modo, la extinción injustificada del contrato de una trabajadora embarazada, aunque el empresario no tenga conocimiento de su estado, debe ser calificada como nula (debiéndose readmitir, consecuentemente, a la trabajadora en su puesto de trabajo).

En otro supuesto, el TC ha entendido que la no renovación de un contrato temporal por obra o servicio de una trabajadora social embarazada, como se había venido produciendo desde hacía algunos años, y el hecho de la necesidad de tales servicios persistían (como demuestra el hecho de que el Ayuntamiento contratara a otra trabajadora social) ponen de manifiesto que se ha producido un comportamiento discriminatorio (STC 74/2008).

Y la extinción de un contrato de trabajo durante el período de prueba durante el cual una trabajadora ha solicitado varias bajas laborales motivadas por abortos naturales también debe calificarse como discriminatoria (STC 17/2007).

STC 92/2008

El régimen jurídico vigente no exige "la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado".

De todos modos, como afirma la STC 17/2003, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. En el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, esta protección también condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

Así, la STC 3/2007 ha declarado que la negativa de la empresa (confirmada por el órgano judicial) a aceptar la reducción de jornada propuesta por una trabajadora –en virtud de la facultad reconocida en el art. 37.5 y 6 ET (que consistía en pasar de una jornada de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde, a otra de lunes a miércoles y en horario de tarde), debe calificarse como discriminatoria. Especialmente porque "el hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE".

- El **acoso** es otra forma de discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico. Aunque el acoso discriminatorio puede manifestarse de múltiples formas, el denominador común de todas ellas es que se define en atención al resultado y no a la conducta en que se concreta el comportamiento prohibido (Molina Navarrete, 2004).

Entre las diversas tipologías de acoso, centraremos nuestra atención en el acoso sexual, por su dimensión como problema. Éste es un atentado contra la libertad sexual del individuo que puede incardinarse en la prohibición de discriminación por razón de sexo. Según el art. 28.1.d) Ley 62/2003 por "acoso" se entiende "toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo".

Por otra parte, el art. 7 LOI hace una distinción entre el "acoso sexual" y el "acoso por razón de sexo".

- **Acoso sexual.** Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. El acoso puede exteriorizarse mediante cualquier comportamiento que suponga una ofensa para quien lo recibe, con independencia del medio utilizado –incluyendo, acciones, palabras, gestos, insinuaciones, escritos, dibujos, anuncios en lugares públicos, etc. No obstante, es importante **distinguir** entre el **acoso sexual** del **comportamiento amistoso**, pues, mientras que el primero es unilateral e indeseado, el segundo es voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

- **Acoso por razón de sexo.** Cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Lo definitorio de una conducta de este tipo es que el trabajador sea requerido sexualmente, explícita o implícitamente con la promesa de experimentar una mejora o la amenaza de sufrir un mal en sus condiciones o expectativas laborales, en función de que acepte o no al requerimiento formulado (STSJ Galicia 28 de noviembre 2000).

Tal comportamiento hostil puede provenir del propio empresario, así como de otros compañeros (en cuyo caso, tiene competencia la jurisdicción social, STC 250/2007) o, incluso, de clientes. Y, en estos supuestos, el empresario puede ser declarado responsable, por tolerar este tipo de conductas en la empresa (STC 250/2007) o por inhibirse ante la queja frente a un cliente. Ahora bien, de demostrarse que la empresa no tenía conocimiento de tales comportamientos, no puede imputársele responsabilidad alguna (STC 74/2007). De hecho, el art. 48.1 LOI exige a las empresas promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Por otra parte, según el art. 54.2.g) ET, es motivo de despido disciplinario, "el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa".

En cualquier caso, "para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato" (STC 224/1999).

Es importante, además, que la objetividad y la gravedad del comportamiento son los aspectos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al juez presumir la posible existencia de un acoso sexual (STC 136/2001).

El acoso sexual debe diferenciarse de otros tipos de acoso, como por ejemplo, el **acoso moral o psicológico (*mobbing*)**, pues, su objetivo no es perseguir favores de carácter sexual, sino hacer el vacío a la víctima, provocando su humillación y definitivo alejamiento del lugar de trabajo. El acoso laboral, pese a ser pluriofensivo, se estima que siempre supone una violación del derecho a la dignidad de la persona o su integridad moral (art. 15 CE). Por ello, la razón de ser de la tutela antiacoso moral debe ser la prohibición de la desintegración psicológica y moral de la persona. Las características básicas del *mobbing* son:

trato humillante y vejatorio; habitualidad o reiteración; ánimo desestabilizador; y que sea efectiva y objetivamente constatable (Molina Navarrete, 2004; Sagardoy Bengoechea, 2005; Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

Mobbing

El término *mobbing* proviene del verbo inglés *to mob* que significa perseguir, asaltar, atropellar. Y ha sido traducido como "psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en el lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles" (Sagardoy Bengoechea, 2005).

Discriminación por razón de la edad

Aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el art. 14 de la CE, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto (SSTC 75/1983, 31/1984 y 69/1991) y, por ello, podrá en algunos casos ser tomada en consideración cuando resulte relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad (STC 69/1991).

Según la STC 22/1981 la previsión legal de una edad de jubilación forzosa –tal y como estaba prevista en la D. Ad. 5.ª del Estatuto de los trabajadores de 1980– (basada en una presunción de ineptitud *iuris et de iure*) carece de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar (art. 35 CE), anulando de hecho su contenido esencial. Lo que no obsta que pueda preverse una edad de jubilación forzosa en convenio colectivo siempre que se vincule a una política de empleo (D. Ad. 10.ª ET).

Para la STS 27 de diciembre 1999 la exigencia de una determinada edad (25 años como máximo) en una convocatoria a un puesto de trabajo en una compañía aérea, no puede calificarse como discriminatoria, pues, atendiendo a las tareas que se van a encomendar "hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable".

STSJ[C-A]Cataluña

No obstante, en la STSJ[C-A]Cataluña 10 noviembre 2006 se confirma la sanción administrativa (tres mil euros) impuesta por la Autoridad Laboral a una empresa por haber publicado una oferta de empleo requiriendo una "Edad entre 35-45 años", pues, debe calificarse como una discriminación desfavorable por razón de edad.

Discriminación por razón de una discapacidad

La Ley 51/2003 –a la que ya hemos hecho referencia– tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 CE (párrafo 1.º art. 1.1 Ley 51/2003).

Entendiendo que la "igualdad de oportunidades" se refiere a la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o com-

pensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social (párrafo 2.º art. 1.1 Ley 51/2003).

Art. 38.2 Ley 13/1982

En este sentido, el art. 38.2 Ley 13/1982, 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, prevé una cuota de reserva de trabajadores discapacitados (un 2%) aplicable a las empresas públicas y privadas que empleen un número igual o superior a 50 trabajadores. Aunque, con una intención claramente flexibilizadora, se permite a las empresas sustituir esta obligación por medidas alternativas previstas en el Decreto 27/2000, 14 de enero.

Como hemos apuntado anteriormente, el TC ha manifestado que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación (STC 62/2008).

STC 62/2008

A pesar de ello, la STC 62/2008 ha estimado que si una empresa despide a un trabajador, no por estar enfermo ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo (en concreto, había ocultado que padecía una enfermedad en las cervicales que le imposibilitaba desarrollar las labores de albañil comprometidas), no debe calificarse como una conducta discriminatoria. Especialmente, si la empresa de haber conocido esta circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla.

2.2. Derecho a la libertad ideológica y religiosa, objeción de conciencia y empresas de tendencia

2.2.1. La libertad ideológica y religiosa

El derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) es un derecho de la persona del trabajador no recogido explícitamente en la legislación laboral. Lo que, como hemos visto, no obsta que sea aplicable en el ámbito laboral.

La libertad religiosa y el constitucionalismo moderno

La exigencia de tolerancia religiosa, surgida de la quiebra de la unidad espiritual europea como consecuencia de la reforma, estuvo en el origen de las declaraciones de derechos y, en definitiva, del constitucionalismo moderno (Díez-Picazo, 2003).

El apartado 1 del art. 16 CE declara "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.

Y el apartado 2 establece que "Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

Como única alusión del derecho a la libertad ideológica y religiosa del trabajador, el ET declara la prohibición de discriminación por religión, convicciones e ideas políticas" (arts. 4.2.c y 17) y el derecho a la intimidad (art. 4.2.e), en el que quedan comprendidas la protección frente al acoso por razón de la religión o convicciones.

Contenido complementario

La libertad ideológica y religiosa es esencial para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político (STC 20/1990).

La libertad ideológica y religiosa consiste en el derecho de la persona a mantener unas determinadas ideas, pensamientos o creencias, así como a manifestarlas libremente. Y, en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista, basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social (STC 292/1993). El contenido de la libertad ideológica puede ser cualquier concepción del mundo y comprende la totalidad de las opciones vitales, políticas, filosóficas, culturales, científicas, económicas, artísticas, sindicales y religiosas (Hidalgo Rúa, 1997).

Para el TC, este derecho se configura como el "fundamento de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes", hasta el punto de que, sin ella, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 CE para constituir el Estado Social y Democrático de derecho (STC 20/1990).

Y según la STC 132/1989, la libertad ideológica implica "la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones que se le presentan de acuerdo con sus propios intereses y preferencias". Y, como manifiesta la STC 25/1981 un derecho subjetivo que garantiza "un ámbito de libertad, derecho a no ser perseguido, sancionado o molestado por los pensamientos, opiniones y creencias".

Por otra parte, el derecho a la libertad ideológica y religiosa presenta una faceta **positiva** y una **negativa**:

- La faceta **positiva** consiste en tener –o en dejar de tener– las ideas y creencias que uno mismo estime como más adecuadas, sin sufrir presión o represalia alguna. Por ello, se afirma de que se trata de una garantía de inmunidad, pues, no se puede ser sancionado por las propias creencias (Díez-Picazo, 2003).

La libertad ideológica y religiosa en sentido positivo, presenta, a su vez, una manifestación **interna** y otra **externa** (STC 20/1990):

- La dimensión interna estaría formada por el derecho de cada persona a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida, y se identifica con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la libertad de ideas y con la libertad de creencias. En definitiva, supone la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.
- La dimensión externa se traduce en el diseño de un sistema de protección que se concreta en la existencia de una esfera de libertad, necesaria para que cada idea u opinión trascienda libremente al exterior. De hecho, se entiende que ésta es la esfera más relevante, por cuanto que el derecho constitucionalmente reconocido sólo puede operar con respecto a manifestaciones exteriorizadas (no pudiendo actuar cuando permanece en el foro interno de la persona).

Precisamente, esta dimensión externa está íntimamente vinculada a la libertad de expresión (del Rey Guanter, 1992), y ésta se vincula con la interdicción de cualquier represalia derivada de la manifestación de ideas, pen-

samientos, opiniones o creencias. Lo que, a su vez, evidencia una conexión trascendente, pues la libertad ideológica está íntimamente vinculada al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (Goñi Sein, 1988; Hidalgo Rúa, 1997).

La faceta **negativa** de la libertad ideológica y religiosa debe entenderse en el sentido de que nadie puede verse obligado a revelar sus convicciones.

Según la STC 19/1985 "el derecho fundamental recogido en el art. 16 CE comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales el art. 16.2 CE establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que 'nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias'".

Libertad ideológica y empresario

El ordenamiento jurídico no sólo prohíbe toda discriminación ideológica, sino que sujeta al empresario a un verdadero deber de respetar la libre opinión de sus trabajadores en el seno de la relación laboral (Blat Gimeno, 1986).

La incidencia de la libertad ideológica en el ámbito laboral es evidente. Pudiéndose identificar una doble protección en el ámbito del contrato de trabajo, pues:

- por un lado, se prohíbe al empresario indagar en la ideología de sus trabajadores;
- y, por otro lado, si el empresario tiene conocimiento de dicha información, no puede emplearla para dar un trato menos favorable al trabajador. Debiéndose tener en cuenta que las manifestaciones ideológicas efectuadas por el trabajador en un ámbito extralaboral son absolutamente irrelevantes para el empresario –salvo, claro está, que puedan referirse a la empresa en unos términos considerados como abusivos.

Los conflictos más relevantes que suscita el reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa en el ámbito contractual pueden sintetizarse en los escenarios que se describen a continuación.

El empresario, ¿está facultado para exigir al trabajador revelar su ideología o convicciones?

El derecho a la libertad ideológica y religiosa en su dimensión negativa opera como un límite infranqueable para los intentos del empresario dirigidos a conocer las convicciones u opiniones personales del trabajador. Esta restricción es operativa, no sólo a lo largo de la relación contractual, sino que también abarca a la precontractual (lo que no debe confundirse con la facultad del empresario de requerir al aspirante a ocupar un puesto de trabajo cierta información para determinar su idoneidad). Y lo mismo cabe decir respecto de la discriminación por motivos ideológicos.

Indagaciones empresariales sobre la ideología del trabajador

Con carácter general, el trabajador no puede verse sometido a preguntas o indagaciones relacionadas con sus opiniones personales, ya que éstas gozan de especial tutela constitucional.

Según la STC 292/1993, la afiliación a un sindicato en una opción ideológica protegida por el art. 16 CE que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella. La revelación de la afiliación sindical es por tanto un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales.

Así pues, el empresario no está legitimado para obligar a los trabajadores a revelar su ideología, pero tampoco lo está para obligar al sindicato a revelar los trabajadores que están afiliados al mismo (STC 145/1999).

El empresario, ¿está facultado para limitar la exteriorización de las convicciones ideológicas de los trabajadores en la empresa?

Como hemos apuntado, la libertad de expresión es una de las manifestaciones del derecho a la libertad ideológica. Cabe pensar que, en la medida en que las manifestaciones activas y externas de las convicciones ideológicas del trabajador no interfieran de un modo directo en la actividad empresarial ni incidan en el cumplimiento de los deberes laborales, el empresario no está facultado para restringir este derecho (Hidalgo Rúa, 1997). Así pues (dejando al margen a las empresas de tendencia), toda acción empresarial dirigida a limitar directa o indirectamente las declaraciones ideológicas, morales o religiosas de los trabajadores deberán declararse ilícitas.

Ahora bien, cuando la expresión ideológica se traduce en acciones de proselitismo y propaganda activa (búsqueda de adeptos, etc.), o bien, pasiva (adhesivos, chapas, etc.) desarrolladas en la empresa, la cuestión se complica, pues, puede afectar al cumplimiento de la prestación laboral comprometida por el trabajador. O, desde otra perspectiva, lo que se plantea es si el empresario debe permitir este tipo de comportamientos en la empresa.

En principio, debe entenderse que el empresario está obligado a permitir este tipo de exteriorizaciones, siempre y cuando no redunde negativamente en el rendimiento laboral del trabajador o de sus compañeros.

Por otra parte, existen algunos colectivos que, dadas las particularidades de su relación contractual, merecen una atención especial. El régimen jurídico de los **profesores de primaria que deben impartir la asignatura de Religión y moral católica** es uno de ellos, especialmente, por la conflictividad judicial que ha suscitado. Según los Acuerdos existentes entre la Santa Sede y el Estado español (1979), la propuesta de profesores que deben impartir la asignatura de religión y moral católica en los centros de enseñanza pública debe hacerse por anualidades y corresponde a la Autoridad Eclesiástica.

Tras manifestar que no se trata propiamente de un supuesto en el que inter venga una empresa de tendencia (STC 38/2007), la STC 128/2007 estima que la decisión del Obispado de cesar a un profesor de Religión y moral católicas, tras manifestar en los medios de publicación (un diario) que es un cura casa-

do y que es miembro del movimiento procelibato opcional, no es motivo de discriminación (especialmente, porque no hubo intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador, pues fue él mismo el que exteriorizó su situación).

Según la STC 38/2007, "[r]esultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva".

El empresario, ¿puede obligar al trabajador a desarrollar una prestación a pesar de ser incompatible con su ideología?

Los posibles conflictos que pueda tener el trabajador de incompatibilidad entre su ideología y la prestación laboral a la que se ha comprometido son irrelevantes si el trabajador tenía conocimiento del cometido al que se comprometía desde un inicio. Pues, aunque la empresa está obligada a respetar el lícito ejercicio del derecho a la libertad ideológica, no está obligada a acomodar la prestación laboral a la ideología de los empleados. Sin que, por otra parte, el empresario esté obligado a adaptar la prestación laboral del trabajador ante el cambio sobrevenido de su ideología y la consiguiente incompatibilidad con la inicialmente comprometida. Aunque sobre la base de la buena fe, sería deseable un mínimo deber empresarial de acomodación (Hidalgo Rúa, 1997).

De todos modos, cuando se trata de la libertad religiosa, el conflicto presenta perfiles propios. Especialmente, porque se trata de un derecho desarrollado a través de la LO 7/1980.

El art. 2 de la citada ley establece que "la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a[...]b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales".

Y según el art. 3, "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática".

El reconocimiento de este derecho no significa que su ejercicio en el ámbito laboral pueda ser objeto de limitación. En efecto, en virtud de la STC 19/1985, la petición de un trabajador (adventista del séptimo día) de disfrutar el día de descanso semanal un sábado, no debe calificarse como un atentado a la libertad religiosa por los siguientes motivos:

- porque el descanso semanal es una institución secular y laboral,

- porque la fijación de este día de la semana ha dejado de tener una connotación preeminentemente religiosa, y ha quedado consagrado por la tradición, y
- porque puede ser objeto de negociación entre las partes.

Tampoco sería admisible que el empresario tratara de imponer a los trabajadores una determinada concepción ideológica o religiosa (por ejemplo, en STSJ Madrid 11 de septiembre 2001).

2.2.2. La objeción de conciencia

La **objeción de conciencia** puede ser definida como el "derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones" (STC 161/1987).

La CE sólo se refiere a la objeción de conciencia en el art. 30.2, al decir que "la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia". Lo que ha planteado la discusión relativa a si el texto constitucional ampara otros supuestos. Al respecto, la doctrina del TC ha seguido un itinerario oscilante:

- Según las SSTC 15/1982 y 53/1985 no es precisa una regulación de la objeción porque deriva del art. 16 CE. En concreto, se entiende que la objeción de conciencia es una manifestación de la libertad de conciencia, que a su vez es una concreción de la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16 CE.
- No obstante, este criterio cambia a partir de las SSTC 160/1987 y 161/1987 (y posteriormente, la STC 321/1994), cerrándose la posibilidad de concebir la objeción de conciencia como un derecho general derivado de la libertad ideológica, religiosa o de conciencia.

Planteamiento que tiene sentido, si se acepta que, en rigor, la objeción de conciencia no está integrada en la libertad ideológica y religiosa. Como hemos visto, ésta comporta el derecho a poseer las creencias que uno estime oportunas, a manifestarlas públicamente y a no sufrir sanciones por ello. En cambio, la objeción de conciencia implica algo más: el derecho a conducirse de conformidad a los dictados de la propia conciencia. Así pues, puede afirmarse que mientras que la libertad ideológica y religiosa es básicamente un derecho que opera en el plano de las ideas y de la manifestación de las mismas, la objeción de conciencia es un derecho llamado a operar en el plano de las conductas (Díez-Picazo, 2003).

Conflictos de conciencia en la empresa

Cada vez son más los supuestos en los que la conciencia individual del trabajador tropieza con las tareas encomendadas y con las exigencias de la organización empresarial.

Asumiendo que el texto constitucional no reconoce un derecho a la objeción de conciencia (más allá del previsto en el art. 30.2 CE) no obsta que el legislador la prevea en determinadas circunstancias. Así, la LO 2/1997, 2 de junio, regula la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. En virtud de esta norma, se les reconoce la posibilidad de negarse a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación (art. 3). Además, en virtud de dicha cláusula, tienen el derecho a solicitar la extinción indemnizada de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica; o bien, cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

Ahora bien, según la STC 199/1999 no cabe invocar la cláusula conciencia cuando no se acredite un desvío del medio de comunicación social respecto de su línea ideológica originaria, y cuando no quede objetivamente afectada la transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública (en el caso enjuiciado, las tareas del trabajador no lo está, pues se ocupa del maquetado del periódico según las instrucciones recibidas de la Redacción).

En cambio, tal y como resuelve la STC 225/2002, un cambio ideológico sobrevenido en la dirección de la empresa (un periódico), es un motivo suficiente como para justificar que el trabajador (subdirector) paralice su actividad profesional y, a continuación, solicite la extinción indemnizada del contrato de trabajo (STC 225/2002).

Cláusula de conciencia médica

En cambio, la posibilidad de invocar la cláusula de conciencia médica (en relación al aborto; o bien, a la práctica de determinadas pruebas a mujeres embarazadas que dan lugar al llamado 'consejo genético' –y que pueden originar que la mujer embarazada decida abortar; o bien, la prescripción de la píldora postcoital) parece haber quedado restringida a partir de las SSTC 160/1987 y 161/1987– aunque en algún pronunciamiento judicial se haya reconocido a determinado personal sanitario (en concreto, a ATS), STSJ Baleares 13 de febrero 1998.

2.2.3. Las empresas de tendencia

Las empresas de tendencia son instrumentos del ejercicio colectivo de la libertad ideológica, cuyo objeto es la propogación de sus convicciones o planteamientos, y cuyo respaldo jurídico viene dado por el principio pluralista, proclamado en el art. 1 CE (Hidalgo Rúa, 1997; Blat Gimeno, 1986).

Teniendo en cuenta que las ideas y creencias tienden a ser supraindividuales y sólo en este plano supraindividual adquieren pleno sentido, es éste un derecho fundamental del que también pueden ser titulares los grupos y personas jurídicas (Díez-Picazo, 2003).

Periodistas y la cláusula de conciencia

La LO 2/1997, 2 de junio, regula la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

Empresas de tendencia

Son empresas que tienen por objeto la defensa, comunicación y promoción de determinadas ideas en los diferentes ámbitos de la sociedad, ante formaciones sociales difusoras de ideología (del Rey Guanter, 1992).

⁽²⁾ *Tendenzbetrieb*, en la denominación germánica de la procede.

En las empresas de tendencia o ideológicas² frente a la libertad individual, aparece la libertad del empleador a manifestar y difundir públicamente una determinada concepción ideológica. Elemento este último –el de propagar ideas o creencias– esencial para poder calificar a una organización productiva como una empresa de tendencia. Lo que justifica la penetración de su ideología en el contrato de trabajo (Blat Gimeno, 1986). Y, en definitiva, puede erigirse en un límite legítimo al ejercicio del derecho fundamental de expresión del trabajador y de defensa de sus propias ideas (Rodríguez-Piñero, 2003). El conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa adquiere en la organización ideológica se presenta de un modo distinto a como lo hace en la empresa común (Tárrega Poveda, 2002)

Empresas de tendencia

No existe una definición legal del concepto "empresa de tendencia". Ejemplos de empresas de tendencia son: partidos políticos, sindicatos, la Iglesia católica y demás confesiones religiosas, etc. En cambio, existe un cierto debate doctrinal respecto a la posibilidad de calificar como tales a las empresas informativas, o bien, a los centros educativos privados.

En cualquier caso, no deben calificarse como tal las empresas filiales cuya titularidad corresponda claramente a un sujeto de tendencia pero cuya actividad social tenga carácter exclusivamente económico (Álvarez Alonso, 2003). Así, según la STC 106/1999 un hospital titularidad de una entidad de carácter religioso no puede calificarse como una empresa de tendencia.

Aunque en un primer nivel de análisis pueda entenderse que en las empresas de tendencia se requiera una cierta **uniformidad ideológica interna** y, por consiguiente, se presuponga la adhesión del trabajador a la ideología o concepción de la organización, esta afirmación sólo es predicable respecto de las prestaciones intrínsecamente conectadas con la tendencia de la organización (**tareas ideológicas**); no siendo, exportable, a las denominadas como **tareas neutras** (alejadas de las concepciones ideológicas de la empresa). Por lo tanto, no es preciso que todos los trabajadores se adhieran a la concepción de la organización. O, dicho de otro modo, la colisión nace en aquellos cometidos en los que el trabajador debe manifestar las convicciones ideológicas de la organización.

Empresas de tendencia y relación precontractual

En las empresas de tendencia se admite que el empresario efectúe indagaciones sobre el perfil ideológico del trabajador antes de ser contratado. No obstante, cualquier investigación que exceda de cuantos aspectos ideológicos no estén íntimamente relacionados con la prestación a desarrollar, deben ser calificados como ilícitos.

Teniendo en cuenta este contexto, es fácil advertir la existencia de posible conflictos. Debiéndose trata de conciliar los requerimientos organizativos de las empresas de tendencia con los derechos fundamentales de sus trabajadores. Se plantean las siguientes situaciones.

El empresario, ¿puede prohibir al trabajador que adopte comportamientos contrarios a las directrices ideológicas de la organización?

El empresario en el ejercicio de su facultad de dirección y control está facultado para incidir sobre el contenido ideológico de la prestación laboral del trabajador. De modo que éste puede verse impelido a exteriorizar públicamente determinadas concepciones; quedando limitada su libertad ideológica, por ejemplo, al no poder efectuar ciertas manifestaciones (y, en especial, aquellas que no se alineen con las propagadas por la empresa).

Libertad ideológica y empresas de tendencia

A pesar de que la libertad ideológica es un derecho que en el ámbito del contrato de trabajo tiene preeminencia con respecto a la libertad de empresa, este planteamiento puede ceder en las denominadas empresas de tendencia.

Lo que no debe interpretarse como una anulación de la libertad ideológica del trabajador. De hecho, se entiende (STC 47/1985) que "una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de 'ataque abierto o solapado' al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el art. 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del centro".

Pronunciamiento que debe contextualizarse en el marco definido por la STC 5/1981, al afirmar que "la existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios".

Fuera de estos supuestos (es decir, en los centros desprovistos de ideario), la **libertad de cátedra** de los profesores habilita a resistir cualquier mandato de dar a la enseñanza impartida por los profesores una orientación ideológica determinada, o más exactamente, con contenido positivo, es una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función (ATC 42/1992; y SSTC 5/1981, 217/1992 y 212/1993).

El empresario, ¿puede recriminar al trabajador determinadas conductas extralaborales por entender que son contrarias a la ideología de la empresa?

Teniendo en cuenta que determinadas conductas extralaborales del trabajador puedan hacer peligrar, por su publicidad o relevancia externa, la credibilidad del mensaje difundido por la organización, es posible que se le exija conservar en su actividad privada, pública y conocida, los aspectos ideológicos necesarios para el correcto desarrollo de la prestación laboral.

No obstante, en cada caso concreto deberá procederse a una valoración individualizada, teniendo en cuenta la conducta del trabajador así como la naturaleza de la organización productiva. Así, por ejemplo, para la STSJ Galicia 17 de julio 2008 la orientación sexual o la afiliación política de una trabajadora (redactora) de una emisora de radio religiosa no son elementos suficientes para justificar la extinción de su contrato.

De todos modos, ésta es una cuestión directamente vinculada con el derecho a la intimidad del trabajador. Y, como se analizará, deberá evaluarse si la información ha sido obtenida lícitamente por parte del empresario.

2.3. Derecho a la libertad de expresión e información

El ordenamiento laboral no prevé ninguna norma específicamente referida a la libertad de expresión e información de los trabajadores (salvo el art. 68 d ET, dirigido a los representantes de los trabajadores). La libertad de información y expresión no está reconocida en el ET como un "derecho laboral".

Art. 68 ET: "Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: d) Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa".

Por lo que debe acudir al régimen jurídico general y, concretamente, a lo previsto en el art. 20 CE.

Rasgos generales de la libertad de expresión e información

- **Libertad de expresión.** Comprende la manifestación de pensamientos, juicios de valor, opiniones e incluso críticas; cuyo límite es el derecho al honor y la intimidad (como por ejemplo, frases y expresiones ultrajantes u ofensivas).
- **Libertad de información.** Difusión de noticias o hechos noticiables; cuyo límite es la veracidad de tales hechos o bien el deber de diligencia en la obtención de los mismos (STC 6/1988).

Según la STC 56/2008, "nuestra jurisprudencia viene distinguiendo entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término 'información', en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo *veraz*".

STC 56/2008

"En los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos."

El ejercicio del derecho a las libertades de expresión y de información debe ponderarse con el derecho al honor del afectado por la información. Circunstancia que describe un estado de conflicto permanente, lo que exige la búsqueda de un equilibrio entre los derechos y sus posibles limitaciones a la luz de las circunstancias concurrentes.

No parece que el trabajador sea el centro de atención del art. 20 CE, especialmente porque se trata de un precepto formalmente muy distante del mundo laboral –más vinculado a los medios de comunicación o de difusión (García Murcia, 2003). La función del art. 20 CE es la formación de una opinión pública libre y plural, como elemento imprescindible de una sociedad democrática. El principal destinatario del art. 20 CE es el poder público, estando obligado a respetar y garantizar el ejercicio de este derecho.

De todos modos, aunque no exista una norma laboral que expresamente lo recoja, es evidente que se trata de un derecho que tiene el trabajador como ciudadano y que puede ejercitarlo en el ámbito de las relaciones laborales. De hecho, es claro que ostenta una función reivindicativa en tanto que puede emplearse para defender intereses laborales (Rodríguez-Piñero, 2003). Paralelamente, como hemos analizado, el empresario debe tolerar y respetar las eventuales manifestaciones del trabajador, así como su libertad ideológica y creencias.

No obstante, no parece que pueda afirmarse que el trabajador dentro de la empresa pueda utilizar estas libertades de forma general, sin una causa o motivo específico. De hecho, no tiene derecho a opinar o transmitir información sobre su ámbito de trabajo, ni difundir públicamente cuestiones relativas a la empresa. Por ello, puede entenderse que el ejercicio de las libertades de expresión e información queda causalizado, esto es, condicionado a la existencia de alguna circunstancia habilitante. Debiéndose admitir en el caso de que afecte a tres posibles intereses (García Murcia, 2003):

- Intereses individuales.
- Intereses de dimensión colectiva.
- Intereses generales o de dimensión pública (como, por ejemplo, alertar de aspectos noticiables para la colectividad).

Eso sí, siempre que el ejercicio de estas libertades respete las limitaciones derivadas del propio art. 20.1.a CE (veracidad, hecho noticiable, honor, protección de intereses legítimos); así como las específicas derivadas de la propia estructura del contrato de trabajo –deber de buena fe y lealtad contractual; la buena imagen y prestigio de la empresa; el deber de consulta o sigilo (García Murcia, 2003; Rodríguez-Piñero, 2003).

En cuanto al **deber de sigilo**, la STC 213/2002 ha manifestado que no es ilimitado ni recae sobre cualquier materia, sino sólo sobre las específicamente citadas en el art. 65.2 ET.

"Los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como en su caso los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado".

En este sentido, el TC ha entendido que el conocimiento por parte de un representante sindical de un informe elaborado por la empresa sobre el absentismo laboral (no calificado como confidencial y que tiene un indudable interés para los intereses de los trabajadores) y su posterior difusión a los miembros del sindicato y a los medios de comunicación, no sobrepasa irrazonablemente su función representativa ni transgrede las exigencias de la buena fe contractual inherente a su relación laboral (STC 213/2002).

Teniendo en cuenta estas premisas, cabe plantearse las siguientes situaciones conflictivas que tratamos a continuación.

2.3.1. ¿El trabajador tiene un derecho a la crítica a la empresa o a la gestión del empresario?

La subordinación del trabajador a los poderes empresariales no obsta que el trabajador pueda expresar sus opiniones, incluso, en sentido crítico. En cualquier caso, debe exigirse el respeto a los límites generales, como el honor y la buena imagen (tanto en el fondo como en la forma).

Como ha manifestado la STC 6/2000, entre otras, "la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige, pues 'así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe 'sociedad democrática'".

Ahora bien, "lo que no reconoce el art. 20.1 a) CE es un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la norma fundamental". Debiéndose añadir que existe 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" (STC 106/1996).

Deber de buena fe

Así, como manifestación del deber de buena fe, el TC se ha referido, por ejemplo, al deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (STC 213/2002); o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (SSTC 47/1985 y 106/1996); y ha precisado también que los derechos fundamentales del trabajador no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales (STC 19/1985) ni para el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989).

STC 198/2004

De todos modos, el ámbito de la **libertad sindical** presenta unos perfiles propios. Así, se ha considerado que el empleo de un lenguaje "duro y agresivo" "no resulta inhabitual en manifestaciones de esta naturaleza, especialmente en situaciones de tensión y de conflicto". Considerándose que el empleo de determinados calificativos no pueden catalogarse "como formalmente ofensivos o vejatorios, expresivos así del necesario *animus iniuriandi* de quien los utiliza, sino más bien reflejo de un lenguaje que ha venido utilizándose habitualmente en la práctica sindical, utilizado por los trabajadores y sus representantes más contra la empresa como entidad empleadora que contra alguna persona determinada, que por la propia naturaleza de los conflictos que aquí se dilucidan debe ser tolerable en este ámbito de las relaciones laborales colectivas" (STC 198/2004).

En virtud de todo ello, del análisis de la jurisprudencia constitucional se observa que el trabajador puede realizar críticas frente a decisiones concretas de la empresa, basándose en sus intereses personales. Por ejemplo, la denegación de autorización al redactor de un periódico –con dedicación exclusiva– para que siga participando en un programa de televisión tras haber criticado a su empresa –un diario– en relación con su posicionamiento en el transcurso de una huelga general, debe calificarse como una vulneración de su libertad de expresión (STC 125/2007). Y el despido disciplinario de una auxiliar de clínica, por la publicación en un diario de una carta firmada por su marido en la que se critica a la Gerencia y Dirección del Hospital, supone asimismo una vulneración de su libertad de expresión (STC 153/2000). Críticas que también se han sido aceptadas atendiendo a la existencia de una situación especial en la organización productiva (como, por ejemplo, el fallecimiento de unos compañeros en accidente de trabajo, STC 56/2008; la existencia de un conflicto, SSTC 108/2008, 227/2006, 151/2004 y 106/1996; o bien, la falta de ocupación del trabajador, STC 204/1997).

También se ha admitido la posibilidad de que el trabajador manifieste su opinión cuando concurre un interés público. Como, por ejemplo, cuando concurre un hecho de notoriedad (declaraciones efectuadas por un futbolista a medios de comunicación, manifestando su descontento con el desarrollo de su relación contractual, STC 6/1995); o bien, si está referido a un servicio público (críticas efectuadas en la televisión por parte del jefe clínico en relación con el funcionamiento del centro psiquiátrico donde trabaja, STC 88/1985).

En otras ocasiones, la naturaleza de la empresa ha sido un elemento tenido en cuenta para admitir el derecho del trabajador a manifestar una crítica respecto del funcionamiento de la empresa (críticas efectuadas en la junta general de

accionistas de una entidad bancaria por un trabajador que, a su vez, es accionista, STC 20/2002); o bien, por la proyección pública de alguno de sus miembros (artículo de opinión escrito por un catedrático sobre un tema universitario de interés público, que critica al rector sin insultarlo, STC 101/2003).

Y dentro de la corrección exigida, parece que la crítica tiene mayor legitimidad si proviene de los representantes de los trabajadores, especialmente, porque "nada se opone a que un sindicato sea titular del derecho a la libertad de expresión, y pueda ejercerlo en el contexto de la libertad sindical" (STC 160/2003). Asumiendo esta premisa, se admiten como lícitas las críticas políticas en rueda de prensa sobre el trato de favor dado por la Diputación provincial a una empresa, para el suministro de semen de vacuno, que no tiene necesariamente un efecto reflejo sobre su reputación (STC 160/2003). Así como las críticas efectuadas por un delegado sindical en unas declaraciones a la prensa, criticando a la empresa de limpieza municipal (STC 185/2003).

De hecho, se entiende que la Constitución ampara las críticas legítimas en asuntos de interés público, y no sólo aquellas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen. Además, cuando la crítica se refiere a las personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, son más amplios los límites permisibles de la crítica (STC 160/2003).

En definitiva, puede observarse como cada situación exige un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes.

2.3.2. ¿Tiene el trabajador un derecho de denuncia de la situación de la empresa o de la actividad del empresario?

La denuncia de irregularidades en el seno de la empresa presenta muchas variables en función del escenario en el que se producen. Así, no es lo mismo que éstas se produzcan cuando concurre un interés de dimensión pública o un hecho delictivo, o bien cuando quien las efectúa es un representante de los trabajadores; o bien, si se trata de una empresa privada o de la Administración. Ni tampoco si la comunicación se canaliza a nivel interno o externo y, en este último caso, si se difunde a través de los medios de comunicación o no. Teniendo en cuenta estas premisas, es fácil advertir que, en este caso también, la casuística es ciertamente numerosa:

Así, se ha admitido como lícita una carta firmada por los trabajadores manifestando sus quejas y malestar por el funcionamiento de la empresa (STC 181/2006); o bien, una comunicación interna en la que se denuncian las irregularidades existentes en una entidad bancaria al transportarse el dinero entre oficinas (STC 90/1999).

Denuncia externa de irregularidades

En términos generales, podemos afirmar que la relevancia pública de la información es un elemento que puede justificar la denuncia externa de irregularidades, debiéndose proceder con corrección y la información debe ser veraz o suficientemente contrastada.

También se han admitido como lícitas las manifestaciones que han tenido una proyección más allá del ámbito interno de la empresa, con respecto a los "clientes" (reunión de profesores con unos padres de alumnos fuera de la escuela, con el objeto de denunciar la situación del centro educativo, STC 227/2006; o carta dirigida a los profesores de centros educativos sobre la existencia de unas condiciones adecuadas de una piscina municipal, STC 186/1996; o una carta dirigida a los medios de comunicación sobre la existencia de un conflicto en la universidad, STC 151/2004).

Tampoco han merecido reprobación alguna las denuncias manifestadas externamente en las que se distribuyen anuncios en prensa y comunicados a clientes de una empresa hotelera en los que se la critica y se anuncian movilizaciones (STC 198/2004); o bien, la exposición de la denuncia ante los medios de comunicación (denuncia de un inspector de vuelo sobre la ausencia de medidas de seguridad en aviones, STC 57/1999; o la denuncia sobre la existencia de filtraciones en un ministerio a favor de un medio de comunicación, STC 6/1988). En estos dos últimos supuestos, el interés público del asunto y su trascendencia para la opinión pública actúan como causa habilitante para el ejercicio por parte del trabajador del derecho a la información.

En cambio, no se ha admitido la denuncia de irregularidades efectuadas por un funcionario de tráfico en la que internamente informa de la existencia de irregularidades en la práctica de los exámenes para la obtención del permiso de conducir; especialmente, porque en opinión del TC se emplearon manifestaciones despectivas e injuriosas (STC 6/2000). Ni tampoco, la comunicación a los medios de comunicación de la ausencia de medidas de seguridad en una fábrica de explosivos cercana a una población y la consiguiente situación de riesgo y peligro (STC 126/2003).

2.3.3. ¿Puede emplearse la libertad de expresión como medida de presión y de conflicto colectivo?

En ocasiones, la libertad de expresión e información está estrechamente vinculada a situaciones de conflicto colectivo, bien porque determinadas opiniones o informaciones pueden ser el origen del propio conflicto, o bien como mecanismo de apoyo a las pretensiones de los trabajadores.

En términos generales, puede afirmarse que la situación de conflicto puede actuar como factor de justificación de la manifestación de opinión o de difusión de informaciones; siempre, claro está, que concurra un interés digno de tutela y que se respeten los intereses legítimos afectados. En estos casos, está más justificada la transmisión de información, la crítica y la utilización de medios de comunicación externos (relajándose los deberes de buena fe), así como los

deberes específicos del representante (como el deber de sigilo); pues, en estos casos, el representante "goza de un 'especial reforzamiento' en la protección frente a un acto discriminatorio" (STC 1/1998).

La jurisprudencia del TC al respecto, ha sufrido una evolución desde posiciones más restrictivas a planteamientos más permisivos:

Libertad de expresión e información y conflicto colectivo

La posibilidad de emplear la libertad de expresión y de información en el transcurso de un conflicto colectivo ha sufrido una evolución por parte del TC, existiendo hoy más permisividad que en un primer estadio.

- Así, en un primer estadio, se estima que la comunicación a padres y alumnos de una escuela de determinadas irregularidades y de la actuación de la empresa durante una huelga no está justificada, por cuanto que es desproporcionada y causa un desprestigio a la empresa (STC 120/1983).
- En casos posteriores, el TC mostrará una mayor permisividad. Evidencia de este cambio de tendencia lo encontramos en un caso en el que la transmisión de información (por cierto, errónea) por parte de un trabajador a determinados medios de comunicación, relativa al número de horas extraordinarias efectuadas por una empresa de transporte (Metro), se estima legítima, especialmente por el interés público que dicha información tenía (STC 4/1996). En términos similares, la denuncia efectuada por el presidente del comité de una empresa concesionaria del servicio de transporte municipal, aconsejando a la Administración la rescisión de la concesión, también se considera legítima (STC 1/1998). Y en la misma línea, el despido de un delegado sindical por distribuir anuncios en prensa y comunicados a clientes de la empresa hotelera, criticándola, anunciando movilizaciones y haciendo un llamamiento al boicot, es calificado como una lesión de sus derechos fundamentales de información y de expresión en el ejercicio de su libertad sindical. Especialmente, porque el demandante participó en acciones de comunicación que se refieren estrictamente al contenido de las reivindicaciones sostenidas por los trabajadores en su conflicto con la empresa (STC 198/2004). En términos similares, el despido de un delegado sindical, motivado por una reunión no autorizada con los clientes de la empresa de enseñanza (padres de alumnos), divulgando la conflictividad laboral interna y criticándola, también es calificado como injustificado (STC 227/2006).

2.4. Derecho de la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

El art. 18.1 CE garantiza el derecho a "la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Y la normativa laboral, por su parte, manifiesta una cierta sensibilización por la tutela de la intimidad del trabajador.

Desarrollo del art. 18.1 CE

La Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen ha desarrollado el contenido del art. 18.1 CE; y la Ley Orgánica 15/1999, 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

En concreto, el art. 4.2.e ET reconoce el derecho de los trabajadores "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

El art. 20.3 ET establece que "el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso".

Y, el art. 37.2 Ley 62/2003 establece que "los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad".

Como afirma la STC 231/1988, el derecho a la intimidad garantiza "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana" (ver también STC 115/2000). Y lo cierto es que la intimidad tiene muy variadas manifestaciones, todas ellas ligadas a la dignidad humana (Sagardoy Bengoechea, 2005).

El derecho a la intimidad se identifica con el "derecho a ser dejado en paz", es decir, el derecho "a aislarse, a ser desconocido, de que los demás no sepan ni indaguen lo que somos o lo que hacemos, o incluso, lo que pensamos y creemos, lo que se conecta a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia" (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

La intimidad se proyecta a los siguientes campos. Intimidad personal corporal o física, intimidad personal psíquica, intimidad personal económica, intimidad personal social y profesional; intimidad personal informática, intimidad personal ideológica y religiosa, intimidad personal sexual y de hábitos y costumbres, intimidad personal de la comunicación con otras personas; intimidad personal sindical (Sagardoy Bengoechea, 2005).

Por otra parte, debe tenerse presente que "el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos" (STC 142/1993).

De todos modos, con el objeto de identificar todos los elementos en conflicto, conviene tener en cuenta que el contenido del derecho a la intimidad queda intrínsecamente delimitado por su propio titular, en tanto que tiene la facultad para determinar qué esferas de su privacidad personal y familiar quedan sustraídas al conocimiento de otras personas (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

El derecho a la propia imagen es un derecho diferenciado del derecho a la intimidad (aunque pueden resultar lesionados simultáneamente). Según la STC 81/2001, lo específico de la propia imagen es la protección frente a las repro-

ducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo".

Como hemos analizado con anterioridad, la celebración de un contrato de trabajo coloca al trabajador bajo el ámbito de organización y dirección del empresario. Y el desarrollo del contrato de trabajo requiere, por un lado, un grado de vigilancia y control sobre la conducta del trabajador; y, por otro, el conocimiento por parte del empresario de una serie de datos personales (Rodríguez-Piñero, 2004). En este contexto, es evidente que "en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores" (STC 98/2000).

Lo cierto es que la aplicación de las nuevas tecnologías en el control de la actividad de los trabajadores ha incrementado notablemente la amenaza que pende sobre este derecho fundamental.

De todos modos, aunque es el empresario el sujeto con mayor propensión a lesionar este derecho fundamental, por su propia posición en la estructura del contrato, conviene advertir que no es el único, pues otros sujetos implicados en la relación de trabajo pueden ser potenciales agresores (como, por ejemplo, compañeros o incluso, clientes). En definitiva, éste es un campo abonado para el conflicto, sumamente alambicado y en el que los hechos circunstanciales y los matices adquieren una importancia capital.

Teniendo en cuenta que las manifestaciones de la intimidad son múltiples, las conductas potencialmente atentatorias por parte del empresario también son variadas. A continuación, trataremos de sintetizarlas a través de las siguientes situaciones.

2.4.1. El empresario, ¿está facultado para imponer o cambiar la apariencia externa del trabajador?

La apariencia externa es una de las manifestaciones de la intimidad protegida en el art. 18.1 CE, pues el aspecto físico externo de una persona constituye el primer elemento configurador de la intimidad (STC 99/1994) - aunque se trata de una dimensión también vinculada al derecho a la propia imagen.

Apariencia externa e interés empresarial

El empleo de *piercings*, pendientes, tamaño y longitud del cabello, utilización de barba, patillas, etc., son manifestaciones del desarrollo y fomento de la personalidad que pueden entrar en conflicto con los intereses del empresario.

También es conflictiva la obligación de vestir ropas de trabajo o equipos de protección personal, o bien la de presentar una "buena imagen".

Art. 8.11 LISOS

"Son infracciones muy graves los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores".

Es habitual la exigencia de una concreta manera de vestir, de peinarse o de maquillarse, quedando al aspirante al puesto de trabajo dos opciones: o renunciar al aspecto externo escogido por él, o conformarse con ser sistemáticamente discriminado en el proceso de contratación –o extinción (Agra Viforcós, 2006).

Tal y como ha manifestado el TC, existen actividades que de un modo necesario exigen una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, por la propia naturaleza de éstas. Y esto sucede especialmente con las actividades en contacto con el público o accesibles a él. En los casos en que esto ocurra, el TC ha entendido que el trabajador que acepta prestar tareas de esta índole no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de ésta (STC 99/1994).

Por consiguiente, llegados a este punto, en cada caso concreto deberá tratarse de analizar si las tareas encomendadas al trabajador implican una necesaria restricción de su derecho, de modo que pueda entenderse que ha sido la propia manifestación de voluntad, expresada al celebrar el contrato, la que ha consentido la posibilidad al empresario de restringir su derecho legítimamente (STC 99/1994).

Así, parece ajustado que el empresario pueda exigir a sus trabajadores que lleven ropas de trabajo y equipos de protección, como una manifestación de la obligación empresarial de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores.

En términos similares, en principio no parece que la exigencia de llevar un uniforme atente contra la intimidad de los trabajadores, pues es legítimo que el empresario quiera proyectar una determinada imagen corporativa. De todos modos, éste es un aspecto controvertido.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado que la obligación de las trabajadoras del AVE de llevar minifalda no suponía un atentado a su intimidad y honor (STS 23 de enero 2001). En términos similares, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía (Málaga) 27 de noviembre 2008, considera que la exigencia de las enfermeras de un hospital de llevar falda, delantal y cofia tampoco es atentatorio a sus derechos fundamentales. Por otra parte, según la STSJ Cataluña 23 de julio 2008, no es lesivo que la empresa decida el traslado de un vigilante de seguridad a otro centro de trabajo al negarse a llevar una gorra como parte del uniforme. Y según la STC 170/1987, el despido de un camarero motivado por su negativa a rasurarse la barba no es lesivo de su derecho a la intimidad.

En cambio, para la STSJ Baleares 9 de septiembre 2002, la imposición de una sanción a un trabajador judío por el uso de la "kippa" durante la prestación de servicios (conductor de autobús), debe calificarse como injustificada, pues no consta que la conducta del trabajador cause un daño a la imagen de la empresa. En otro supuesto, la STSJ Madrid 7 de mayo 2002 declara que el despido de una trabajadora (operadora de telemarketing) motivado por llevar pantalones cortos y negarse reiteradamente a acomodar su indumentaria a las exigencias de la dirección, debe calificarse como lesivo de su derecho fundamental (especialmente, porque no cabe imponer o rechazar sin más una determinada indumentaria, máxime cuando en el desarrollo de su labor el actor no tenía contacto con el público). Y finalmente, según la STC 99/1994, el hecho de que una empresa de embutidos despida a un trabajador por negarse a asistir a una feria a cortar jamón, alegando que no quiere

que su imagen sea captada por los medios de comunicación que asistirán al acto, es un atentado contra sus derechos fundamentales.

2.4.2. El empresario, ¿está facultado para grabar a sus empleados?

El empresario, según el ET, está facultado para grabar a la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales sólo si se dan determinadas circunstancias y se respetan ciertas garantías. Cautelas lógicas, teniendo en cuenta que una facultad de registro empresarial se presta a abusos fáciles de cometer (Goñi Sein, 1988).

En concreto, el art. 18 ET establece que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos personales, cuando sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa siempre que ello fuera posible".

En términos generales, la facultad del empresario sólo opera en el caso de que la medida vaya encaminada a proteger el patrimonio de la empresa (material o inmaterial) o de otros compañeros. El trabajador puede negarse al registro, aunque incurre en el riesgo de ser sancionado por ello por desobediencia (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

Los registros deben efectuarse, sólo en el caso de que no existan otros medios menos intrusivos para alcanzar el objetivo propuesto; debiéndose llevar a cabo respetando la dignidad del trabajador y, en la medida de lo posible, sobre trabajadores elegidos aleatoriamente, mediante mecanismos automáticos y con la mayor discreción posible –tratando de evitar su trascendencia (Goñi Sein, 1988; Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

Respecto de los bienes del empresario puestos a disposición del trabajador, se plantea un conflicto, pues mientras que no cabe duda que son propiedad del empleador y que están destinados a la actividad productiva, en paralelo, cabe la posibilidad de que se haya creado un espacio de intimidad por parte del trabajador.

Efectos personales

No se consideran como "efectos personales", los papeles y documentos que puedan estar en la mesa del trabajador (STSJ Cantabria 16 de enero 2001); ni tampoco el dietario suministrado por la empresa que el trabajador ha dejado a la vista de todo el mundo (STSJ País Vasco 27 de marzo 2001). En cambio, el registro de los cajones de una mesa debe sujetarse a los requisitos establecidos en el art. 18 ET (STSJ Castilla-La Mancha 16 de septiembre 1999); así como los vehículos a motor que se encuentran en la empresa (STS 11 de junio 1990); y el registro de bolsas que lleva el trabajador (STS 28 de junio 1990).

Límites al registro por parte del empresario

El registro efectuado por el empresario exige la presencia de un indicio, sin que sean admisibles los que tengan una naturaleza meramente preventiva. Debiéndose rechazar el recurso a la fuerza física.

Un supuesto especialmente conflictivo (y de gran trascendencia) es el relativo al registro del ordenador propiedad de la empresa puesto a disposición del trabajador. La STS 26 de septiembre 2007 ha tratado de delimitar las siguientes reglas al respecto:

- El registro del ordenador no puede regirse por el art. 18 ET, porque no puede calificarse como un "efecto personal" (es propiedad de la empresa).
- El empresario está facultado para monitorizar el uso del ordenador de acuerdo con la facultad de vigilancia y control que ostenta (art. 20.3 ET).
- La intimidad y secreto de las comunicaciones protegen el contenido de los archivos o comunicaciones personales, así como la navegación (aunque el ordenador carezca de clave personal de acceso).
- La empresa debe advertir al trabajador de cómo va a fiscalizar su uso (a través de la difusión de una política de uso de las herramientas informáticas).
- La empresa puede acceder al disco duro del ordenador del empleado y seguir su navegación, siempre que haya destruido previa y claramente cualquier expectativa de intimidad.

Si el control se efectúa a distancia, es decir, a través de aplicaciones informáticas que permitan un control remoto, es más difícil que se produzcan intromisiones en el ámbito de la intimidad del trabajador (aunque no se debe descartar). Lo que no quita que también se exija que la medida sea proporcional. Ahora bien, aunque la intimidad del trabajador pueda verse resguardada, cabe la posibilidad de que a través de estos mecanismos se vulnere su 'libertad informática' (ver a continuación).

2.4.3. ¿Qué puede hacer el empresario con los datos personales que tiene del trabajador?

A lo largo de toda la relación contractual (e incluso antes de empezar, mediante la realización de test de personalidad durante el proceso de selección), el trabajador debe facilitar al empresario una serie de datos personales (afiliación a la Seguridad Social, datos relativos a la carrera profesional, circunstancias vinculadas a la maternidad, etc.).

Desarrollo tecnológico y el derecho a la intimidad

El desarrollo tecnológico y la generalización de los instrumentos informáticos, si bien proporcionan enormes ventajas para la actividad empresarial, también han implicado un aumento exponencial de la capacidad de acumulación y tratamiento de estos datos, incrementando la amenaza sobre los derechos fundamentales.

La búsqueda de un equilibrio que permita compatibilizar esta realidad con el derecho a la intimidad del trabajador es una labor absolutamente necesaria. Especialmente, porque, según el art. 7.4 LO 1/1982, "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela" debe calificarse como una intromisión ilegítima.

El TC ha afirmado que, "el que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta" (STC 143/1994).

En estos supuestos, como ha manifestado el TC, no sólo está en juego el honor y la intimidad, sino también el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (STC 254/1993).

De hecho, el propio art. 18.4 CE establece que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Así pues, pueden diferenciarse dos ámbitos de protección. Por un lado, la garantía de la intimidad, que adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. Y, por otro lado, la llamada 'libertad informática' que confiere el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático –*habeas data* (STC 254/1993).

Distinción relevante, por cuanto que mientras que el derecho a la intimidad se protege desde la propia abstención de los sujetos que eventualmente pueden lesionar el derecho, la tutela informática requiere, además, la adecuación de su comportamiento con una acción concreta: suprimir datos, modificarlos, restringir su uso, emplearlos para fines legítimos, etc. (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

Aunque no es una norma específicamente laboral, el principal instrumento de protección al respecto es la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos (en adelante, LOPD). Esta ley prevé, a grandes rasgos, dos mecanismos de protección:

LOPD

La LOPD constituye la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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.

- En primer lugar, que no se proceda a una recolección de datos excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido; y que la misma se efectúe durante el tiempo imprescindible para ello (apartados 1, 2 y 5 art. 4 LOPD).

De todos modos, según el art. 7.1 LOPD no puede obligarse al ciudadano –trabajador– a prestar datos de sensibilidad máxima, como los relativos a sus creencias, ideología, religión; exigiéndose su consentimiento expreso y por escrito.

Según la STC 94/1998 "ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita y, en consecuencia, [se] prohíbe tajantemente el uso de los datos para finalidades distintas de las que motivaron su recogida".

- Y en segundo lugar, exige el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa (art. 6.1 LOPD). Y con relación a estas excepciones, es importante advertir que la aplicación de esta garantía en el ámbito del contrato de trabajo resulta difícil, pues, el art. 6.2 LOPD establece que el consentimiento no es preceptivo, "cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Ahora bien, como ha afirmado la doctrina laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005), "una cosa es que en determinadas circunstancias el empresario quede eximido de requerir el consentimiento del trabajador, y otra muy distinta es que éste desconozca la existencia de un fichero de datos y el tratamiento que se está haciendo de los mismos".

Principio de autodeterminación informativa

De hecho, el art. 5.4 LOPD consagra el *principio de autodeterminación informativa*, en virtud del cual el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos (salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad), deberá informarle previamente de modo expreso, preciso e inequívoco sobre el contenido del tratamiento y la procedencia de los datos y de los siguientes extremos:

- de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información;
- de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y
- de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Teniendo en cuenta estos criterios, el TC ha entendido que el tratamiento y conservación en un soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores (en una base de datos titulada "absentismo con baja médica", en la que figuran los diagnósticos de las enfermedades que dieron origen a una situación de baja laboral por incapacidad temporal), prescindiendo de su consentimiento expreso, ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada, que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información (STC 202/1999).

En otro supuesto, en cambio, la utilización del nombre del trabajador por parte de la empresa en el tique de venta, sin un fin publicitario comercial o de naturaleza análoga, sino con el objeto de dar a conocer al cliente la identidad del trabajador que intervino en la operación mercantil, no debe calificarse co-

mo un atentado a su intimidad –especialmente, porque no se ofrece una imagen de cualesquiera otros de los aspectos vinculados a la intimidad como el domicilio, edad o el estado civil (STS 18 de diciembre 2006).

2.4.4. El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad laboral de sus empleados?

El art. 20.3 ET faculta al empresario para llevar a cabo, adoptando las medidas que estime oportunas, el control y la vigilancia **del cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales**.

De modo que están prohibidos los denominados "controles de actividad", es decir, aquellos cuya finalidad es monitorizar el comportamiento del trabajador o de aspectos relacionados con su esfera de intimidad o de pensamiento.

En principio, no parecía justificado la instalación de mecanismos de control (cámaras o micrófonos) en espacios dentro del centro de trabajo que no están destinados a ser lugar de trabajo (por ejemplo, aseos, vestuarios, duchas, etc.), especialmente porque tales espacios pueden calificarse como una prolongación de la vida privada. De todos modos, conviene advertir que la intromisión empresarial también puede darse en el resto de espacios del centro de trabajo en los que el trabajador desempeña su actividad (STC 231/1988).

STC 186/2000

"El empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 ET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo" (STC 186/2000).

En este sentido, conviene recordar que los requerimientos organizativos de la empresa sólo justifican una restricción de los derechos y libertades fundamentales, en tanto que se aleguen motivos especialmente cualificados por razones de necesidad. De tal modo que, si el empresario pretende llevar a cabo una acción de este tipo, debe "acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra" –juicio de necesidad (STC 99/1994); y que la medida se ajusta al "juicio de proporcionalidad" (STC 29/2002).

El control en la empresa

El catálogo de instrumentos de control es ciertamente extenso (tarjetas mecánicas de entrada y salida, aparatos de escucha, cámaras de vigilancia, instalación de programas espía de seguimiento y grabación automatizada de las páginas web visitadas, etc.).

Sin olvidar que, en términos generales, las facultades organizativas y de control atribuidas al empresario están limitadas, en primer lugar, por el principio de buena fe (STC 197/1998); y en segundo lugar, por el propio contenido de los derechos y libertades fundamentales.

Un aspecto importante es que está **prohibido el control oculto**, esto es, el efectuado sin el conocimiento de los trabajadores (debiéndose comunicar su existencia –STC 186/2000), **salvo** que sea la **única vía** para satisfacer el interés empresarial. En cuyo caso se exige la acreditación suficiente de dicho interés (y su justificación) y de la existencia de indicios razonables acerca del incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales.

Según el art. 64.1 ET, "el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores". Y de acuerdo con el art. 64.5 ET, "el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre [...] f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo". Por consiguiente, parece que la legitimidad de las medidas de control que pueda llevar a cabo el empresario dependa de la comunicación previa a los representantes de los trabajadores acerca de las características del mecanismo de control instalado, el criterio de instalación, finalidad, conservación de los datos, etc. De todos modos, la doctrina judicial, en algunos casos, ha entendido que la falta de comunicación estaba justificada, pues su puesta en conocimiento podría haber frustrado la finalidad perseguida por el empresario (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006).

STC 186/2000

La STC 186/2000 justifica la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores y al propio trabajador por el "justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida".

Teniendo en cuenta estos elementos, se ha considerado como proporcionado que el empresario coloque una cámara para el seguimiento oculto de un cajero de un supermercado, al tener sospechas que está sustrayendo dinero de la caja (STC 186/2000). Especialmente, porque "la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión, que controlaba la zona donde el trabajador desempeñaba su actividad laboral, era una medida justificada, idónea, necesaria y equilibrada".

También se ha admitido como lícito la instalación de mecanismos de control horario por medio de la lectura biométrica de la mano (Auto Tribunal Constitucional 57/2007; y SSTSJ [C-A] Cantabria 10 de enero 2003; 14 de marzo 2003; y 28 de marzo 2003).

En concreto se afirma, "es obvio que el derecho a la intimidad corporal no protege frente a una actuación como la presentación de la mano a una máquina o escáner, pues no puede decirse que entre en colisión con el criterio de recato arraigado socialmente acerca de la parte del cuerpo humano afectada, cuyo empleo a fines de identificación tiene, por lo demás, una ya larga tradición en nuestro país, en el que la impresión dactilar está incorporada al documento nacional de identidad desde hace tiempo" (ATC 57/2007).

En cambio, la instalación de micrófonos que permiten grabar las conversaciones de trabajadores y clientes en dos zonas concretas de un casino (la caja y la ruleta francesa) es una medida desproporcionada para la finalidad perseguida por la empresa (incrementar la seguridad), pues, este "este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa" (STC 98/2000).

2.4.5. El empresario, ¿puede interceptar las comunicaciones del trabajador a través del teléfono, el correo o el e-mail?

A través del art. 18.3 CE se garantiza el secreto de las comunicaciones (y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas), salvo resolución judicial. Aunque no se haga mención expresa, debe entenderse que el correo electrónico queda al amparo del citado precepto, pues no deja de ser un sistema de comunicación personal.

El TC ha afirmado que "la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida", exigiéndose que dicha injerencia esté sometida al principio de legalidad y de proporcionalidad" (STC 85/1994).

Este derecho consagra (STC 114/1984), de modo implícito, la libertad de las comunicaciones, y expresamente su secreto, entendido como la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. Teniendo en cuenta que el término *secreto*, ex art. 18.3 CE, no sólo cubre el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. Aunque el propio TC ha advertido que "el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma".

STC 123/2002

La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada y con independencia del contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir –conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc. (STC 123/2002).

La propiedad de los medios de producción del empresario, como por ejemplo, el ordenador o el teléfono (móvil o fijo), no es un obstáculo para mantener que el trabajador ostenta el derecho al secreto de las comunicaciones, espe-

STC 34/1996

La intimidad personal y familiar guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones, por ser una de sus manifestaciones fenoménicas.

cialmente cuando se refiere a aspectos no directamente vinculados con la actividad laboral. Lo que no quita que pueda ser objeto de una modulación en función de las circunstancias.

Por consiguiente, si concurre una necesidad justificada, objetiva y razonable y no existiera otra medida más moderada, debe admitirse la posibilidad del empresario, por ejemplo, de controlar el e-mail del trabajador (aunque, quizás, lo más ajustado sería que se exigiera el respeto de las garantías previstas en el art. 18.3 CE, esto es, la autorización judicial). En cualquier caso, debería tenerse en cuenta el criterio previsto en la STS 26 de septiembre 2007 antes citada y, especialmente, la necesidad de apercibir al trabajador sobre la posibilidad de ser vigilado.

De hecho, en numerosas ocasiones, los tribunales han considerado que el uso indebido o abusivo del ordenador, así como del correo electrónico puesto a disposición de los trabajadores por parte de la empresa para el desempeño de trabajo, era suficiente como para justificar el despido.

En cambio, parece que la facultad de control del empresario es mayor si lo que pretende es monitorizar el navegador de Internet o los archivos o programas que pueda utilizar el trabajador, especialmente, porque en este supuesto, en principio, no se produce una comunicación interpersonal (quedando por tanto fuera del ámbito de protección del art. 18.3 CE). Lo que, por otra parte, no debería comportar un desconocimiento del respeto al derecho a la intimidad ni tampoco los criterios fijados por la STS 26 de septiembre 2007.

Por otra parte, para la STS 5 de diciembre 2003, ha considerado que la grabación (aleatoria) de las conversaciones telefónicas mantenidas por el personal comercial de una empresa de telemarketing, a fin de controlar la técnica de venta por teléfono por parte de un supervisor, es una medida justificada y proporcional, en tanto que se ha preavisado adecuadamente al trabajador (y existen teléfonos no intervenidos para el uso privado de los trabajadores).

2.4.6. El empresario, ¿está facultado para efectuar controles médicos a sus empleados?

Los trabajadores tienen derecho a reservar las informaciones relativas a la salud y a sus vicisitudes médico-sanitarias.

El TC, en este sentido, ha afirmado que de la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, aunque conviene puntualizar que "no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes

del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona" (STC 196/2004).

La ciencia médica y la intimidad

El desarrollo científico (por ejemplo, en el campo de la genética) describe una muy seria amenaza para los derechos de intimidad y no discriminación.

En este sentido la doctrina laboral (Sagardoy Bengoechea, 2005) afirma que "la libertad contractual empresarial no puede llegar hasta el extremo de tener potestad de discriminar en virtud de algo tan aleatorio como son los rasgos genéticos de la persona. Los genes no son determinantes de la capacidad profesional requerida por el empleador para la prestación del trabajo".

Examen de orina

Por ejemplo, intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo. De todos modos, es importante tener en cuenta que el hecho de que "no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido" (STC 196/2004).

De todos modos conviene tener en cuenta que el trabajador –al igual que cualquier ciudadano– tiene derecho a la protección de la salud y a su integridad física (15, 40.2 y 43.1 CE). Y el empresario, por su parte, como organizador de la actividad productiva, es responsable de la seguridad y salud del trabajador en el centro de trabajo, responsabilizándose de los perjuicios que pudiera sufrir durante la ejecución de su prestación.

STC 196/2004

El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar.

En este contexto, los trabajadores tienen reconocido el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud (arts. 19.1 ET y 14.1.1º Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales-LPRL), derecho que se corresponde con el deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1.2º LPRL). O, lo que es lo mismo, a fin de dar cumplimiento a este mandato, el empresario deberá llevar a cabo reconocimientos y controles médicos periódicos, con el objeto de constatar el estado de salud de los trabajadores. Lo que en paralelo le exigirá adoptar ciertas cautelas a la hora de realizar las pruebas y controles médicos, y también en el tratamiento y uso confidencial y no discriminatorio de la información que obtenga de dichos controles.

La normativa laboral ha tratado de establecer unas pautas al respecto. Según el art .22 LPRL:

- Los reconocimientos médicos son de **carácter voluntario**, salvo que sean necesarios para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la

salud de los trabajadores, o por si éstas pueden ser un peligro para la salud de los trabajadores o de otras personas relacionadas, o cuando así lo establezca una disposición legal para riesgos específicos.

En todo caso, se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

Seguridad y salud de los trabajadores

La obligación del empresario de velar por la seguridad y salud laboral de los trabajadores se recoge en varios preceptos: arts. 4.2.d, 6, 19, 36, 64 ET; arts. 115, 116, 123, 126.2, 133, 196 y 197 Ley General de Seguridad Social; y, sobre todo, la normativa contenida en la LPRL y el Reglamento que la desarrolla (Decreto 39/1997, 17 de enero).

Controles

Por ejemplo, puede calificarse como una medida proporcional que determinados trabajadores, como el personal sanitario, sean sometidos a ciertos controles médicos (por ejemplo, para detectar el virus del VIH), pues en el cometido de su trabajo pueden dar lugar a contagio. O bien, controles de alcoholemia en el sector del transporte.

- Debe respetarse, en todo caso, la dignidad e intimidad del trabajador. Por consiguiente, la realización de una prueba para la detección de determinadas patologías o para obtener cierta información (por ejemplo, el virus del VIH o posible consumo de estupefacientes) sin el conocimiento previo y la autorización del trabajador debe calificarse como atentatorio.
- Los resultados serán comunicados a los trabajadores afectados, sin que puedan facilitarse al empresario, o a otras personas, sin consentimiento expreso del trabajador.
- Los datos resultantes no podrán ser usados con fines discriminatorios, ni en perjuicio del trabajador.
- El empresario será informado de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo.

La necesaria justificación del control médico

El deber del empresario de justificar la idoneidad del examen médico constituye el primer límite al empresario, erigiéndose en una manifestación del principio de proporcionalidad.

En virtud de todo ello, la STC 196/2004 entiende que la extinción del contrato de una trabajadora (personal de embarque de una aerolínea) motivada por el conocimiento por parte de la empresa del consumo de estupefacientes a raíz de un control médico, sin haber informado de la realización de dicho control ni solicitado su consentimiento, debe calificarse como lesivo de su derecho a la intimidad. En concreto, el TC afirma que "el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal".

2.4.7. El empresario, ¿está facultado para controlar la actividad extralaboral de sus trabajadores?

Uno de los aspectos conflictivos es el relativo a si el empresario puede extender su control al ámbito extralaboral (empleando, por ejemplo, detectives privados). Es decir, si puede monitorizar aspectos de la vida del trabajador que no guardan una estricta relación con la actividad laboral.

Piénsese, por ejemplo, el conflicto que se plantea en el caso de que el empresario, entendiéndose que puede repercutir directamente en el trabajo a desarrollar, trate de indagar ciertos aspectos personales del trabajador fuera del lugar de trabajo (por ejemplo, para saber si efectivamente padece una enfermedad que le imposibilita acudir al trabajo, o bien el nivel de abstentismo del trabajador).

Como punto de partida, debe entenderse que en virtud de la esfera de inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el empresario no está facultado para controlar los hechos referidos a las relaciones sociales y personales que carecen de trascendencia laboral, incluso aquellos que se producen durante el desarrollo de la actividad laboral (Goñi Sein, 1988).

De todos modos, los tribunales han admitido la posibilidad de que el empresario recurra a la figura de detectives privados, especialmente cuando la monitorización de la conducta del trabajador se desarrolle en lugares públicos y siempre que se empleen medios legítimos para la obtención de la información (STSJ Cataluña 11 de febrero 2004).

No obstante, la legitimidad de estas medidas de control está condicionada a las siguientes circunstancias (Arias Domínguez; Rubio Sánchez, 2006):

- Que exista sospecha fundada de un incumplimiento por parte del trabajador.
- Que el empresario no tenga otros medios eficaces para comprobar la veracidad del incumplimiento que sospecha.
- Que no se empleen para preconstituir la prueba.

2.5. Derecho a la tutela judicial efectiva

Para el TC, la salvaguarda de cualquier derecho fundamental incluye la defensa efectiva del trabajador frente a actos empresariales impeditivos o de represalia por el ejercicio de sus derechos fundamentales. La reacción del ordenamiento jurídico ante este tipo de comportamiento empresarial es la nulidad radical de la medida empresarial. La garantía de indemnidad no es más que un mecanismo que impide consecuencias perjudiciales para el trabajador que ejercita derechos fundamentales (Rodríguez-Piñero, 2003).

STC 55/2004

La transgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (STC 55/2004).

En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

Por consiguiente, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo –art. 24.1 CE y art. 4.2 g) ET (STC 182/2005).

Por tanto, el despido de una trabajadora por falta de rendimiento tras haber pleiteado contra la empresa puede valorarse como una represalia y, por consiguiente, un atentado a la garantía de indemnidad (STC 125/2008; ver también, entre otras, SSTC 138/2006 y 38/2005). Y en términos similares, la extinción de un contrato temporal por la llegada del término y su falta de renovación como venía siendo habitual, junto con las denuncias ante la Inspección de Trabajo y el planteamiento de un conflicto colectivo, son indicios suficientes para entender que se ha producido una represalia por parte de la empresa por el ejercicio de los derechos que reconoce el art. 24.1 CE (STC 16/2006; ver también STC 144/2005). Y a la misma conclusión se llega cuando se produce la extinción de una beca de investigación tras haber pleiteado contra la Administración (STC 171/2005). Del mismo modo, la supresión de una mejora salarial poco después de que el trabajador haya efectuado una reclamación contra la empresa puede calificarse también como una represalia y, por ello, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva –en su vertiente de garantía de indemnidad (STC 120/2006).

Tutela judicial efectiva y despido

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5 c) del Convenio núm. 158 de la OIT.

3. Medidas de protección de los derechos fundamentales

El sistema de garantías de los derechos y libertades fundamentales está recogido en los arts. 53 a 56 CE (capítulos IV y V del título I). Aunque ya se ha apuntado con anterioridad, es importante recordar que la previsión de mecanismos de protección es una exigencia ineludible para la propia existencia de los derechos y libertades fundamentales.

Más allá de la protección constitucional, la legislación laboral, administrativa y penal también prevé algunas medidas protectoras de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores sumamente importantes, sobre las que conviene detenernos brevemente.

3.1. Elección del sistema de protección judicial laboral

El art. 53.2 CE establece que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo 2.º ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad".

Pues bien, en virtud de este mandato, los arts. 175 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL) regulan un proceso dedicado específicamente a la tutela de la libertad sindical. No obstante, este proceso también puede emplearse para la protección de los "demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social" (art. 181 LPL).

Es importante tener en cuenta que el uso de esta modalidad procesal es facultativa, por lo que, si se quiere, se puede emplear el proceso de cognición ordinario (STC 90/1997).

Las principales ventajas del procedimiento previsto en los arts. 175 y ss LPL son las siguientes:

- En el caso de que el trabajador solicite la tutela de los derechos de la libertad sindical, el sindicato al que pertenece o aquellos sindicatos que ostenten la condición de más representativos también pueden personarse como coadyuvantes (art. 175.2 LPL).
- El Ministerio Fiscal es siempre parte de estos procesos (art. 175.3 LPL).

- Siguiendo con el mandato del art. 53.2 CE, se trata de un procedimiento preferente.

Art. 177.1 LPL

Art. 177.1 LPL "la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el tribunal con igual preferencia".

- Se trata de un proceso sumario. En consecuencia:
 - El objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del contenido esencial del derecho fundamental (sumariedad cualitativa).
 - El proceso está sujeto a unos plazos más cortos y desprovisto de determinados requisitos y trámites (arts. 179 y 64.1 y 70 LPL).
- Según el art. 178.1 LPL, si el interés afectado tiene una trascendencia colectiva, en la demanda se puede solicitar la suspensión judicial de los efectos del acto que se ha impugnado.
- En lo que a la actividad probatoria se refiere, también se prevé una particularidad, pues la prueba del demandante es una prueba de presunciones (art. 179.2 LPL) –aspecto sobre el que nos detendremos con más detalle, con posterioridad.
- El órgano que resuelva está obligado a declarar la existencia o no de la vulneración denunciada (art. 180.1 LPL). Debe, por tanto, pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Si se aprecia la existencia de la vulneración denunciada, previa la declaración de nulidad radical de la conducta, la sentencia debe ordenar el cese inmediato del comportamiento contrario al derecho fundamental y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera (art. 180.1 LPL).

STC 105/1997

La sentencia que estime la violación del derecho fundamental debe ser inmediatamente ejecutiva aunque se interponga recurso contra ella (STC 105/1997).

3.2. El despido radicalmente nulo

Al Tribunal Constitucional debe atribuirse la creación de la **teoría del despido radicalmente nulo** (STC 38/1981).

Sin voluntad de reiterar lo ya apuntado con anterioridad, esta teoría consiste en la obligatoria readmisión de los trabajadores que hayan sido despedidos por motivos discriminatorios, o bien que atenten contra los derechos fundamentales.

Sin olvidar que, a raíz de la acción legislativa de los últimos años (Ley 39/1999, 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras; la Ley 62/2003, 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; y la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres), esta regla se ha extendido al ejercicio de determinados derechos reconocidos a los trabajadores para conciliar la vida familiar y laboral y en relación con la protección de la violencia de género. En estos casos, si el empresario no es capaz de demostrar la concurrencia del motivo extintivo alegado, el despido será declarado nulo, debiendo readmitir consiguientemente al trabajador (no cabe la elección entre la readmisión y la indemnización, como sucede en las extinciones calificadas como improcedentes).

Como medida de protección de extraordinaria relevancia, pues introduce un poderoso elemento disuasivo frente a potenciales conductas lesivas, el art. 180 LPL reconoce a los trabajadores el derecho a solicitar una indemnización por los daños sufridos "que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los trabajadores".

Regla que debe complementarse con lo previsto en el art. 181 LPL: "cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los trabajadores".

3.3. La prueba indiciaria

La STC 38/1981 también es la creadora de una importante medida de protección de los derechos fundamentales: **la regla de la inversión de la carga de la prueba**. Como hemos analizado con anterioridad, si el trabajador alega la existencia de una discriminación, mostrando indicios racionales de su existencia, corresponde al empresario desvirtuar que su proceder fue contrario al art. 14 CE.

El funcionamiento de dicha regla es el siguiente:

- En primer lugar, el trabajador debe probar la existencia de un indicio discriminatorio. Y, para ello, no basta la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión.
Por consiguiente, el trabajador debe acreditar la existencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de lesión alegada. Por tanto, no le basta con alegar sin más la discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tiene un deber probatorio de tales indicios. Por ello, debe aportar algún elemento que induzca al órgano judicial a una creencia racional sobre su probabilidad (entre otras, STC 21/1992).
- El empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitien-

do eliminar cualquier sospecha o presunción contraria a su legitimidad deducible claramente de las circunstancias (entre otras, STC 90/1997).

De todos modos, no se trata de situar al empresario ante lo que se conoce como "prueba diabólica de un hecho negativo", como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales (entre otras, STC 29/2000), sino de que a éste corresponde probar, sin que le baste el intentarlo (STC 114/1989), que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, y que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (STC 74/1998).

3.4. La responsabilidad administrativa y penal del empresario

Si el empresario lleva a cabo una conducta vulneradora de un derecho o libertad fundamental, además de la responsabilidad contractual, también puede incurrir en una infracción administrativa, sancionable por la Administración, o bien en una responsabilidad penal.

En efecto, en virtud de lo previsto en el Decreto Legislativo 5/2000, 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS), el empresario puede ser declarado responsable de una infracción muy grave desde un punto de vista administrativo y ser sancionado a una multa económica (hasta un máximo de 187.515 € –art. 40 LISOS), o a sanciones de carácter accesorio (pérdida de ayudas, bonificaciones y beneficios públicos, etc.) –art. 46 LISOS.

En paralelo, el empresario también puede incurrir en responsabilidad penal, bien, porque haya cometido un delito contra los derechos de los trabajadores (tipificados en el art. 316 Código Penal –en adelante, CP); o bien, porque haya cometido un delito de lesiones (arts. 147 y ss. CP), amenazas (arts. 169 y ss. CP), coacciones (arts. 172 y ss. CP), contra la integridad moral (art. 173 CP), o bien, contra la intimidad (art. 197 CP) de sus trabajadores.

Resumen

A lo largo de la exposición se ha tratado de poner de manifiesto que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no sólo están concebidos para la defensa frente a las agresiones del Estado, esto es, verticalmente, sino que también vinculan a los ciudadanos en sus relaciones jurídico-privadas, esto es, horizontalmente.

Las relaciones derivadas del contrato de trabajo describen un espacio propicio para que afloren este tipo de conflictos y un ámbito en el que los derechos de los trabajadores se encuentran ciertamente amenazados. Riesgo que se ha visto incrementando exponencialmente a medida que se ha ido generalizando el uso de las nuevas tecnologías en las organizaciones productivas.

Aunque el mandato constitucional impide que el trabajador se desprenda de sus derechos fundamentales al cruzar la puerta de la fábrica (debiéndose declarar "la ciudadanía del trabajador en la empresa"), también es cierto que la propia dinámica contractual no permite que tales derechos se proclamen con carácter universal, pues también se ven comprometidos otros bienes constitucionalmente reconocidos. O, lo que es lo mismo, los derechos fundamentales deben aplicarse matizadamente en el derecho contractual (pueden ser objeto de modalización).

En definitiva, las particularidades de la relación laboral, caracterizada por la dependencia, evidencian que éste es un ámbito que, potencial o efectivamente, puede comportar importantes limitaciones para el ejercicio de numerosos derechos y libertades fundamentales.

En paralelo con el reconocimiento de los "tradicionales" derechos fundamentales laborales (específicos), el impacto de los no estrictamente laborales (inespecíficos) en el contrato de trabajo ha sido extraordinario. Hasta el extremo de que la doctrina del Tribunal Constitucional, construida a partir de normas o supuestos propios del ámbito laboral, ha sido aplicada a ámbitos no laborales. Motivo por el que se afirma que se ha producido una "laboralización de la Constitución".

Ante la existencia de una cierta "orfandad legislativa", la necesidad de buscar el equilibrio o ponderación entre los intereses en conflicto se ha erigido en el mecanismo más eficiente para solventar las controversias entre el ejercicio de las facultades empresariales y los derechos y libertades de los trabajadores. En efecto, el recurso a los juicios de razonabilidad, dirigidos a evaluar las razones de necesidad alegadas por la empresa, y el análisis de la proporcionalidad de la limitación de los derechos describen una poderosa matriz analítica en manos de los órganos judiciales (debiéndose destacar el papel trascendental que

ha jugado la jurisprudencia constitucional al respecto). Lo que, en paralelo, también pone de manifiesto las limitaciones del modelo, pues, los conflictos sólo pueden esclarecerse desde una aproximación puramente casuística, dificultando la extracción de soluciones de carácter general.

En fin, el reconocimiento y la aplicación de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo se han erigido en un instrumento imprescindible para proclamar la humanización del trabajado, la libertad de los trabajadores y su autorrealización como ciudadanos.

Bibliografía

Agra Viforcós, B. (2006). "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 275).

Alarcón Caracuel, M. R. (1992). "Estado Social y derecho del trabajo". *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons.

Alonso Olea, M.; Casas Baamonde, M. E. (2003). *Derecho del trabajo*. Madrid: Civitas.

Álvarez Alonso, D. (2003). "Las libertades de información y expresión en el ámbito de la empresa". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 245-246).

Aparicio Tovar, J. (1992). "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador". *Autoridad y Democracia en la empresa* (Dir. Baylos & Aparicio) Madrid: Trotta.

Arias Domínguez, A.; Rubio Sánchez, F. (2006). "El derecho de los trabajadores a la intimidad". *Cuadernos de Aranzadi Social* (núm. 26).

Blat Gimeno, F. R. (1986). *Relaciones Laborales en Empresas Ideológicas*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Casas Baamonde, M. E. (2000). "Evolución constitucional y derecho del trabajo". *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales* (Dir. Pedrajas Moreno). Valladolid: Lex Nova.

Díez-Picazo Giménez, L. M. (2003). "Las libertades de conciencia en el ordenamiento español". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (núm. 2).

Fernández López, M. F. (1992). "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional". *Autoridad y Democracia en la empresa* (Dir. Baylos & Aparicio). Madrid: Trotta.

García Murcia, J. (2003). "Los 'usos laborales' de las libertades de expresión e información". *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Fernando Suárez González*. Madrid: La Ley.

Gil y Gil, J. L. (2003). "El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador". *Aranzadi Social* (núm. 13).

Goñi Sein, J. L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.

Hidalgo Rúa, G. M. (1997). "La libertad ideológica del trabajador". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 168).

Martínez Rocamora, L. G. (1998). *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: Cedecs.

Menéndez Sebastián, P. (1999). "Libertad sindical y Libertad Ideológica". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (vol. 3).

Molina Navarrete, C. (2004). "Del 'principio' al 'derecho' a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria". *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* (núm. 251).

Ojeda Avilés, A.; Igartua Miró, M. T. (2008). "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (núm. 73).

Palomeque López, M. C. (1991). *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: CEC.

Purcalla Bonilla, M. A. (2004). "Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)". *Aranzadi Social* (núm. 10).

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1992). "Justicia Constitucional y derecho del trabajo". *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1992). "Estado Social y derecho del trabajo". *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez-Piñero; Bravo-Ferrer, M. (2004). "Intimidad del trabajador y contrato de trabajo". *Relaciones Laborales* (tomo I).

Sempere Navarro, A. V.; San Martín Mazzucconi, C. (2004). "Escuchas telefónicas a teleoperadoras". *Repertorio de Jurisprudencia* (núm. 4).

San Martín Mazzucconi, C. (2004). "La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (núm. 54).

Tárrega Poveda, J. (2002). *El Sindicato Empresario Laboral y Mercantil*. Madrid: CES.

Tascón López, R. (2007). "El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica". *Aranzadi Social* (núm. 17).