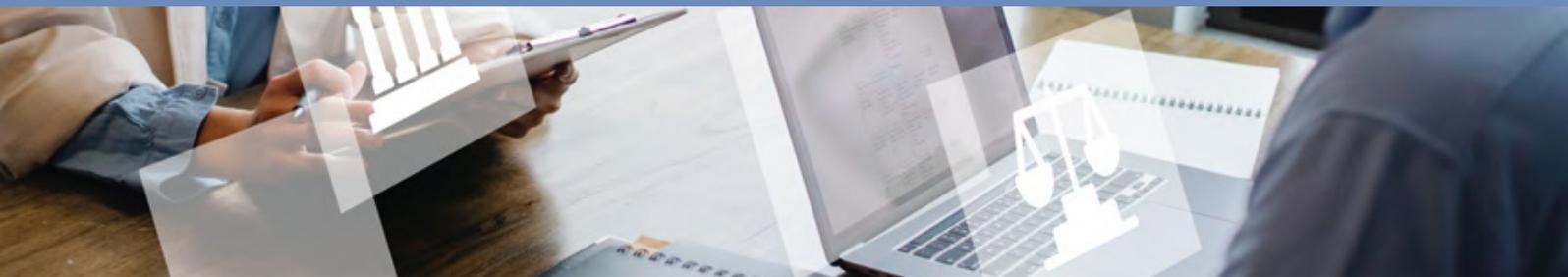


XXXIV JORNADAS CATALANAS DE DERECHO SOCIAL

«Las libertades en las relaciones de trabajo»

Macarena Martinez Miranda (directora)



XXXIV JORNADAS CATALANAS DE DERECHO SOCIAL

«Las libertades en las relaciones de trabajo»

Macarena Martinez Miranda (directora)

Índice de contenido

Libertad de apariencia y derecho a la propia imagen en la relación laboral.....	8
1. La libertad de apariencia y el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras en la era digital.....	8
2. Ámbito de protección del derecho a la propia imagen en la relación laboral. Los límites del poder de dirección empresarial.....	12
3. La conexión de la libertad de apariencia con otros derechos fundamentales. Doctrina jurisprudencial.....	19
3. 1. El respeto a la vida privada y familiar; el libre desarrollo de la personalidad... ..	19
3. 2. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El uso de distintivos y/o símbolos religiosos.....	20
3. 3. La expresión de género.....	27
3. 4. La prohibición de discriminación.....	29
3. 5. La protección de datos. Especial referencia a los datos biométricos.....	34
4. A modo de corolario.....	42
La libertad de expresión: la defensa del denunciante desde una perspectiva de género.....	46
1. El principio de subsidiariedad como principio de distribución de competencias entre los diferentes niveles legislativos.....	47
2. Interacciones entre la normativa nacional de protección al denunciante y las normas sobre igualdad efectiva.....	55
3. Recapitulando el análisis transversal.....	61
4. Libertad de expresión e igualdad efectiva. - La eliminación de represión de la libertad de expresión como visibilidad de las mujeres.....	65
La protección de los derechos de las personas trabajadoras por el comité europeo de derechos sociales.....	66
1. La Declaración de Vilna de 4 de julio de 2024: reforzar el ¿compromiso? de los Estados miembros del Consejo de Europa mediante la justicia social y la protección de los derechos sociales.....	67

2. Europa y la Carta Social Europea: statu quo	77
2. 1. Estructura normativa y ratificaciones	77
2. 2. El Comité Europeo de Derechos Sociales y los mecanismos de supervisión .	87
2. 2. 1. El nuevo sistema de informes	90
2. 2. 2. El procedimiento de reclamaciones colectivas.....	97
3. Directrices fundamentales de interpretación.....	102
4. Análisis jurisprudencial de la protección de los derechos laborales	103
4. 1. La protección frente al despido	103
4. 1. 1. La indemnización adecuada, la reparación apropiada y su función disuasoria	103
4. 1. 2. Extinción relación laboral y jubilación.....	111
4. 2. Conclusiones 2022 sobre los derechos relacionados con el trabajo	113

Repensar el derecho a la libertad sindical: casi medio siglo después de la Ley 19/1977
..... **129**

1. La evolución histórica del sindicalismo	130
2. La singularidad de la evolución histórica del sindicalismo en nuestro país	133
3. El actual marco constitucional: una lectura crítica	136
4. La evolución de la normativa infraconstitucional.....	139
5. El panorama actual del sindicalismo español	143
6. La representatividad del sindicato.....	146
7. La vertiente institucional de la acción sindical	149
8. Sindicato y participación en la empresa.....	153
9. La problemática de nuestro modelo de participación en la empresa.....	155
10. ¿Hay que modificar nuestro modelo de negociación colectiva?.....	161
11. El conflicto colectivo y su composición.....	167

Personas trabajadoras, algoritmos extractivos y neurotecnologías: la amenaza de los neurodatos y de otros datos mentales..... **172**

1. Punto de partida: relaciones laborales y estados mentales visibles	172
2. Algoritmos extractivos, neurotecnologías, neurodatos y datos mentales	174
3. Acceso a datos mentales: la intromisión «definitiva» (y necesidad de proteger al «yo inconsciente»)	183
4. Datos mentales y relación de trabajo.....	189
5. Datos neuronales y relación de trabajo.....	194

6. Una valoración final: la «esencia de la esencia» comprometida y el «definitivo» poder instrumental empresarial.....	196
7. Bibliografía citada.....	198

Libertad de acceso al empleo y permanencia en el trabajo (Doctrina TJUE)..... 203

La protección de los derechos de seguridad social en la carta social europea revisada. Una lectura sobre la edad de jubilación y la posible discriminación respecto a las mujeres..... 208

1. Motivación de la comunicación. La creciente importancia de la normativa internacional en el ordenamiento jurídico nacional	209
2. Normativa internacional en materia de Seguridad Social que afecta a España. En concreto, la CSE Rev. y, por extensión, el Código Europeo de Seguridad Social	212
2. 1. El derecho a la seguridad social en la UE.....	212
2. 2. Convenios OIT.....	213
2. 3. Carta Social Europea Revisada y, por extensión, el Código Europeo de Seguridad Social.....	214
3. La edad de jubilación en la normativa nacional	215
4. El incremento de la edad de jubilación más allá de los 65 años es contrario a diversa normativa internacional	216
5. Discriminación indirecta respecto a las mujeres	219
6. A modo de conclusión ¿Aplicación directa del CES Rev. y del CESS? Posibles vías de reclamación.....	221

Presentación

En primer lugar, debo hacer un expreso agradecimiento al Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada por el interés y el apoyo explícito a las Jornadas Catalanas de Derecho Social, y especialmente a las personas responsables de que se lleven a cabo de la Unidad de Formación en el Ámbito Judicial y Forense. Igualmente, tengo que destacar el esfuerzo del mismo centro en la edición y publicación del libro de las jornadas, que próximamente estará a la disposición de los asistentes.

También quiero dedicar un agradecimiento a la directora de estas jornadas, Macarena Martínez, por su dedicación y organización, pero, sobre todo, por haber escogido a los ponentes y a los temas de las ponencias, ya que ha diseñado unos paneles de personas que seguro nos ofrecerán, tanto por sus conocimientos como por la experiencia, unas intervenciones de una alta calidad.

Respecto al contenido de las jornadas, ya hace unos años que, más allá del análisis de las principales novedades legislativas y judiciales, queremos dedicarlas al estudio de los temas que inciden de forma específica en el ámbito del Derecho del Trabajo. Así, puede parecer que son temas monográficos, pero en realidad lo que queremos es reflexionar sobre una materia concreta desde diferentes perspectivas y enfoques. Y este año, las dedicamos a las libertades en las relaciones de trabajo: la de expresión, la sindical, la de apariencia y a la propia imagen, la protección de datos, y la de acceso y permanencia en el trabajo; pero también hemos querido dedicar dos ponencias a la protección de los derechos y las libertades de la Carta Social Europea, como también al tratamiento de la vulnerabilidad de las personas trabajadoras en el entorno digital. Esperamos pues que estos temas que se tratarán generen reflexión, debate jurídico y sean del interés de todas y todos.

No podía faltar una última referencia a la historia de las Jornadas Catalanas de Derecho Social, ya que el pasado mes de noviembre de 2023 fuimos invitados por la organización de las jornadas decanas en el ámbito estatal en Derecho del Trabajo (Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), junto con otros, con el fin de compartir nuestra experiencia y resultados, de los cuales estamos satisfechos, y esperamos que lo sigamos estando en las sucesivas jornadas.

Barcelona, septiembre de 2024

XAVIER GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA

Presidente de la Asociación Catalana de Iuslaboralistas

Libertad de apariencia y derecho a la propia imagen en la relación laboral

M. MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA.

Magistrada especialista en el Orden Jurisdiccional Social, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Sumario

1. La libertad de apariencia y el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras en la era digital.
2. Ámbito de protección del derecho a la propia imagen en la relación laboral. Los límites del poder de dirección empresarial.
3. La conexión de la libertad de apariencia con otros derechos fundamentales. Doctrina jurisprudencial.
 - 3.1. El respeto a la vida privada y familiar; el libre desarrollo de la personalidad
 - 3.2. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. El uso de distintivos religiosos.
 - 3.3. La expresión de género.
 - 3.4. La prohibición de discriminación.
 - 3.5. La protección de datos. Especial referencia a los datos biométricos.
4. A modo de corolario.

1. La libertad de apariencia y el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras en la era digital

El protagonismo de la imagen en el desempeño de la relación laboral, ligado al desarrollo tecnológico y a las nuevas formas de producción, así como a la presencia de las empresas en internet, determina que pueda percibirse una cierta debilidad en su protección, tendiéndose a su neutralización en aras al interés empresarial o al propio desenvolvimiento de las relaciones con la clientela a través de las redes sociales. Su relevancia en la denominada cuarta revolución industrial o industria 4.0 resulta evidente, ante la irrupción de las nuevas tecnologías en la digitalización de las empresas (entre ellos, es citado el

Big data, Blockchain o cadena de bloque, Cloud computing o computación en la nube, fabricación aditiva o fabricación por adición, impresión 3D, inteligencia artificial, realidad aumentada, realidad virtual, ciberseguridad o seguridad en la red, 5G, robots y robots colaborativos, redes sociales, sistemas de geolocalización y el denominado internet de las cosas o IoT¹), adquiriendo una dimensión extraordinaria.

La doctrina constitucional ha reconocido el carácter innegable de la repercusión del conjunto de los cambios tecnológicos en la sociedad actual, tanto en sus hábitos y costumbres como en la afectación de, entre otros, el derecho fundamental a la propia imagen por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación así como de los servicios de redes sociales en Internet, admitiendo que en este contexto resulta innegable que algunos contornos del derecho fundamental a la propia imagen pueden quedar desdibujados, adicionando nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. Sin embargo, se matiza por la citada doctrina que la circulación de datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta que lo privado se haya tornado público, al no ser equiparable el entorno digital con el concepto de "lugar público" previsto en la Ley Orgánica 1/1982, ni poder afirmarse que la ciudadanía de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 de la Constitución². Partiendo de tal consideración, la STC 27/2020, de 24 de febrero, aborda por primera vez el derecho fundamental a la propia imagen en el entorno digital, así como su conexión con los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, incluyendo las redes sociales.

La libertad de apariencia no agota su contenido en el derecho a la propia imagen, sino que incluye el ejercicio de otros derechos fundamentales, conexos con este último y difícilmente deslindables, lo que conduce a que al examinar las facultades empresariales en su delimitación deba efectuarse un análisis en clave constitucional, dirimiendo si la facultad de organización afecta al núcleo esencial de alguno de los referidos derechos fundamentales. Por ello, pese a que la libertad de apariencia es ligada tradicionalmente al poder de organización empresarial - lo que determina que resulte objeto de protección cuando colisiona con el derecho a la no discriminación pero únicamente de forma excepcional en otros supuestos-, su estrecha conexión con el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la expresión de género, la prohibición de discriminación, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, difumina sus contornos como objeto de protección único, activándose ésta de forma indirecta a través de la tutela de aquéllos, lo que si bien formalmente le dota de carácter menor o secundario,

1 López Insúa, B. y Monereo Pérez, J. L. "Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección de datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del TJUE". La Ley Unión Europea, nº 115, junio de 2023, edit. La Ley.

2 STC 27/2020, de 24 de febrero (ROJ: STC 27/2020 - ECLI:ES:TC:2020:27).

refuerza la necesidad de su salvaguarda. De este modo, su desarrollo jurisprudencial en el ámbito laboral tanto desde una óptica interna como internacional desmiente tal carácter subsidiario por cuanto se encuentra estrechamente ligado al progreso y evolución de la realidad social, lo que comporta que en materia de expresión del libre desarrollo de la personalidad y en su ligamen con el derecho a la vida privada y familiar, aquélla haya perfilado unos contornos no precisados por la normativa, materia sobre la que se profundizará seguidamente.

Se trata, en suma, de una libertad ligada al ejercicio de otros derechos fundamentales, carente de específica regulación, de cuya obligada salvaguarda constitucional no se duda a nivel doctrinal, considerándolo ligado tanto a los valores constitucionales de la libertad (art. 1.1 CE) como a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad³. Sin embargo, cuando se subsume esta expresión de la autonomía personal en alguno de los derechos fundamentales, la doctrina científica se divide entre quienes lo consideran integrado en el derecho a la intimidad y quienes lo enlazan con el derecho a la propia imagen⁴. En cualquier caso, su sustantividad queda determinada por sus contornos constitucionales, tanto en su vertiente positiva -libre determinación del aspecto externo- como en sentido negativo -prohibición de injerencias injustificadas en la mentada determinación-, pese a que la ausencia de desarrollo legislativo y el carácter excepcional de su alegación en el ámbito forense determina una invisibilización de la discriminación por apariencia impropia de la importancia de la imagen en la sociedad actual, particularmente en el ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, el derecho a la propia imagen resulta una concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, englobando su dimensión moral y social. No puede olvidarse que, tal como afirma la mentada doctrina constitucional, nuestro sistema constitucional de relaciones laborales impone la tutela de la persona trabajadora frente a las injerencias injustificadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, procedan de los poderes públicos o de los particulares, dada la posición prevalente que ocupan aquellos dentro del ordenamiento jurídico en cuanto "proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamento del propio Estado democrático (art. 1 CE)" (STC 18/2020, de 10 de febrero) sin que exista un "deber genérico de lealtad con significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial" (entre otras, STC 56/2008, de 14 de abril)⁵. Reflexiones que se evidencian como de particular interés para subrayar que la devaluación o relativización del derecho a la propia imagen en el ámbito

3 Arrúe Mendizábal, Marta. "El derecho a la propia imagen de los trabajadores". Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

4 Arrúe Mendizábal, Marta. "El derecho a la propia imagen de los trabajadores". Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

5 STC 79/2023, de 3 de julio de 2023 (ROJ: STC 79/2023 - ECLI:ES:TC:2023:79).

digital en modo alguno se corresponde con su relevancia constitucional, como derecho fundamental con profundo ligamen al libre desarrollo de la personalidad que integra el derecho a la libre determinación⁶.

Su delimitación frente al derecho a la intimidad y al derecho al honor, viene constituida, como ha afirmado la doctrina constitucional, por la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. Por ello, el objeto del derecho a la propia imagen viene constituido por la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, para mantener una calidad mínima de vida humana según las pautas de nuestra cultura. Ese bien jurídico se salvaguarda, conforme a la referida doctrina, reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada del aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual⁷. La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha sido prolija al configurar los límites del derecho a la propia imagen, considerando que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. Con ese mismo carácter de doctrina general, también recuerda que, como todos los derechos fundamentales, ni el derecho a la propia imagen ni el resto de los de tal carácter son derechos absolutos, razón por la cual, cuando entran en colisión entre sí, es necesario un juicio de ponderación adecuado a las circunstancias del caso y a los criterios de la LO 1/1982 según su interpretación jurisprudencial para determinar cuál de ellos debe prevalecer⁸.

Ciertamente, el carácter específico del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral, en que el conflicto entre aquél y la libertad de empresa no se traduce en el de dos derechos fundamentales, al carecer esta última de tal rango (artículo 38 CE), determina que el primero deba ser objeto de especial protección. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial

⁶ STC 67/2022, de 2 de junio (ROJ: STC 67/2022 - ECLI:ES:TC:2022:67).

⁷ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de junio, FJ 6; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4, citadas por la STS/1ª de 27 de septiembre de 2021, recurso 199/2020 (ROJ: STS 3630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3630).

⁸ STS/1ª de 27 de septiembre de 2021, recurso 199/2020 (ROJ: STS 3630/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3630).

ha reconocido que la facultad de organización empresarial, la potestad directiva, puede resultar determinante de circunstancias legitimadoras de la intromisión en el derecho a la propia imagen o en el interés de la persona trabajadora de evitar la difusión de su imagen. Entre éstas circunstancias puede citarse la concurrencia de interés público prevalente en supuestos de proyección pública de las personas afectadas por la información por razones entre las que se encuentra la profesión⁹. Pero debe atenderse también a las exigencias de las nuevas formas de comunicación (video-conferencias, conexiones online, ...), que frecuentemente incluyen la imagen de la persona trabajadora, y delimitar los supuestos en que se puede considerar legitimada la injerencia en el ámbito de este derecho fundamental de la persona trabajadora debido a su inserción en determinado ámbito laboral u organización productiva. Particularmente, la búsqueda de determinada imagen corporativa puede comportar que la proyección visual de las personas trabajadoras tenga una importante significación, especialmente en las actividades en que se prestan servicios cara al público, por lo que puede entenderse que el desempeño laboral por parte de quienes prestan servicio por cuenta de determinada empresa traslada al exterior la imagen o proyección pública (la “marca”¹⁰) de la empresa.

Efectuada una aproximación a la delimitación conceptual de la libertad de apariencia y el derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras, abordaremos el ámbito de protección de una y otra a través de los pronunciamientos jurisprudenciales en relación a los límites al poder de dirección empresarial en el caso del derecho a la propia imagen, y a la conexión con otros derechos fundamentales de la libertad de apariencia al carecer de regulación específica.

2. Ámbito de protección del derecho a la propia imagen en la relación laboral. Los límites del poder de dirección empresarial

El contenido del derecho a la propia imagen ha sido acotado por la doctrina constitucional en dos facultades primordiales: la de decidir qué información gráfica formada por los rasgos físicos puede tener difusión pública, y la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por esta¹¹. Obsérvese que en ambos casos nos encontramos

9 Sobre el juicio de ponderación en el ámbito civil, pueden citarse las SSTs/1ª 209/2020, de 29 de mayo, 446/2017, de 13 de julio, 426/2017, de 6 de julio, 80/2017, de 13 de febrero, 378/2015, de 7 de julio, 518/2012, de 24 de julio, 898/2011, de 30 de noviembre, 471/2011, de 15 de junio, y 125/2011, de 25 de febrero, todas ellas citadas por la STS/1ª de 27 de septiembre de 2021 (recurso 199/2020).

10 Arrúe Mendizábal, Marta. “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”. Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

11 SSTC 231/1988, de 23 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 25 de abril; 81/2001, de 26

ante facetas estrechamente ligadas, cuando no asimilables, al contenido del derecho a la protección de datos, lo que comporta que frecuentemente el objeto de denuncia venga configurado por ambos derechos de forma conjunta o por uno de ellos aludiendo a contenidos propios del otro. Y si bien tal circunstancia no ostenta relevancia práctica dada la aplicabilidad del principio *iura novit curia* y la ausencia de vinculación en el orden social con la subsunción jurídica efectuada en la demanda, sí causa como efecto colateral la perniciosa percepción del papel instrumental del derecho a la propia imagen, cuya vulneración es ligada a otros derechos fundamentales, tal como se advirtió anteriormente.

El derecho a la propia imagen no se limita a la protección del aspecto físico o de la denominada estética corporal, sino que del artículo 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982 puede inferirse un criterio amplio que comprende la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, pudiendo entenderse comprendido en el concepto de imagen la apariencia que objetivamente crea confusión con la imagen de otra persona, y la vestimenta o uniforme impuesto empresarialmente. Examinaremos, por ello, los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a cada uno de tales aspectos.

a) La estética personal.

El primero de los aspectos aludidos, la estética personal, es definido por la doctrina constitucional como “instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona”, añadiendo que “constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo”¹². En el ámbito laboral, cabe recordar que el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores en concordancia con su artículo 19, establece como uno de los derechos básicos de las personas trabajadoras el de la consideración debida a su dignidad, y si bien no hace mención expresa a la protección de la imagen, dado que ésta se encuentra incluida dentro de la dignidad, resulta inserta en el mismo; mención ésta innecesaria por cuanto el ámbito de las relaciones laborales resulta vinculado (huelga mencionarlo) por el artículo 10.1 de la Constitución. Partiendo de tales premisas, cabría preguntarse si el/la empresario/a incluye entre sus facultades directivas la posibilidad de condicionar o pautar la estética personal de las personas trabajadoras.

Las primeras resoluciones constitucionales¹³, al tratar sobre la limitación de la estética

de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5; 72/2007, de 16 de abril, FJ 3; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 23/2010, de 27 de abril, FJ 4; 12/2012, de 30 de enero, FJ 5; 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6, y 19/2014, de 10 de febrero, FJ 5; todas ellas citadas por la STC 27/2020, de 24 de febrero.

¹² SSTC 156/2001, FJ 6, y 99/1994, FJ 5.

¹³ STC 170/1987, sección 3, del 30 de octubre de 1987 (recurso 383/1986) (ROJ:STC 170/1987 - ECLI:ES:TC:1987:170).

corporal de los trabajadores varones (si podían llevar barba o debían ir afeitados), no abordaron la cuestión no desde el punto de vista del contenido esencial del artículo 18.1 de la Constitución, sino -por ser el objeto de planteamiento en el recurso- si la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al/a la empresario/a (art. 20.1 ET) y el contenido esencial del 18.1 CE, reiterando la doctrina expresada en la STC 73/1982, de 2 de diciembre, sobre la ausencia de consideración como violados de los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos “como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”. Por tanto, el objeto de la citada resolución (STC 170/1987) se constriñe no a la difusión o captación ilícita de su propia imagen ex artículo 18.1 CE, ni a la decisión personal sobre la apariencia física del trabajador, sino si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional, concluyendo que en el supuesto objeto de recurso la empresa se encontraba legitimada para dar dicha orden¹⁴.

Ahora bien, tal potestad empresarial de pautar determinada estética corporal o indumentaria, como ejercicio regular de su facultad de dirección contemplado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, encuentra el insoslayable límite del respeto a los derechos fundamentales¹⁵, además de ser ponderable en atención a las circunstancias concurrentes, debiendo basarse en instrucciones razonadas y con amparo legal, e interpretarse con carácter restrictivo por incidir en la libertad de la persona trabajadora¹⁶. Se impone, por ello, al enjuiciar estas medidas, la aplicabilidad del juicio de proporcionalidad, a su vez comprendido por el juicio de idoneidad o de adecuación de la medida, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto¹⁷, resultando parámetros para su enjuiciamiento la afectación al desarrollo de la actividad laboral, así como la ausencia de justificación en supuestos en que idéntica o similar estética corporal fuese consentida a otras personas

14 La STSJCanarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2020, recurso 63/2020 (ROJ: STSJ ICAN 1955/2020 - ECLI:ES:TSJICAN:2020:1955) concluye que es “costumbre en hostelería el ir correctamente afeitado de prestarse servicios de cara al público”.

15 Las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 88/1985, de 19 de julio, recuerdan que la celebración de un contrato de trabajo no supone la pérdida por la persona trabajadora de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce como ciudadano/a.

16 La STSJ Madrid 256/2001, de 18 de abril (recurso 1405/2001) declara que la decisión empresarial de que el trabajador se presente al trabajo con la barba completamente rasurada no encontraba amparo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla “cuando tales adornos capilares, como recalca el Juez a quo, están debidamente recortados y aseados”, añadiendo que “si bien es cierto que el Real Decreto 202/00 de 11 de Febrero establece que los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar la sentencia combatida que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado”.

17 Sala Franco, T. “La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo”. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2 número 1 (2021).

trabajadoras de la misma empresa¹⁸. Y aún podría añadirse al consolidado triple juicio anteriormente descrito, la ponderación de la limitación impuesta empresarialmente en el derecho a la igualdad, dado que las limitaciones a la estética personal con superior frecuencia a la deseable se encuentran rodeadas de alusiones a estereotipos ligados a determinada concepción social que podrían comportar la concurrencia de un factor discriminatorio; materia sobre la que profundizaremos al analizar la conexión de la libertad de apariencia con la prohibición de discriminación.

Dentro de la estética personal, la doctrina judicial ha considerado lesivo del derecho a la propia imagen de la trabajadora la actuación de la empresa que le imponía acudir maquillada al puesto de trabajo, por suponer una seria intromisión, totalmente injustificada -se matiza que pese a no exigirse así en la normativa interna, que aludía a que en caso de maquillarse éste fuera "discreto"-, en su libertad para mostrar su imagen física personal, tratándose de aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona, lo que puede comportar la nulidad del despido basado en la desobediencia de tal orden¹⁹. Se trata de supuestos estrechamente ligados con estereotipos de género, en que pese a no fundamentarse la nulidad del despido en la lesión del principio de igualdad (por no haber sido objeto de planteamiento), el ligamen de la decisión empresarial con aquéllos podría determinar la lesión de aquel derecho por razón de género.

b) La indumentaria

El ámbito de protección del derecho a la propia imagen comprende, asimismo, la indumentaria de la persona trabajadora que, tal como recuerda la doctrina jurisprudencial, puede ser determinada por la empresa (uniformidad), con las limitaciones de estar adaptada a la persona, respetar su dignidad y posibilitar la elección entre las distintas modalidades cuando se trate de prendas tradicionalmente asociadas a uno de los sexos²⁰. Se avanza con ello en la reciente Jurisprudencia hacia la protección de los derechos fundamentales conexos con el de la propia imagen, superando la anterior, que consideraba que la determinación de la uniformidad en la vestimenta en defecto de pacto individual o colectivo de las personas interesadas era competencia del/de la empleador/a salvo que la decisión patronal atentase a la dignidad y al honor de la persona trabajadora²¹.

¹⁸ La STSJ Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (recurso 355171995) confirmó la improcedencia del despido de trabajador al que se ordenó el afeitarse la perilla, por cuanto no se trataba de una orden fundada y legítima, ni fue acreditada costumbre que así lo impusiese.

¹⁹ STSJ Madrid de 3 de junio de 2015, recurso 663/2014 (ROJ: STSJ M 7170/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:7170).

²⁰ STS/4ª de 12 de marzo de 2024 (recurso 27/2022), en que el objeto del recurso se constreñía a la aplicabilidad del artículo 22 del Orden del Ministerio de Interior 318/11, en relación a la imposición de uso de corbata en verano a lo/as vigilantes de seguridad.

²¹ La STS/4ª de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000) indica que "no parece que las reglas

Ahora bien, tal potestad empresarial de pautar determinada estética corporal o indumentaria, como ejercicio regular de su facultad de dirección contemplado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, encuentra el insoslayable límite del respeto a los derechos fundamentales²², además de ser ponderable en atención a las circunstancias concurrentes, debiendo basarse en instrucciones razonadas y con amparo legal, e interpretarse con carácter restrictivo por incidir en la libertad de la persona trabajadora²³. Se impone, por ello, al enjuiciar estas medidas, la aplicabilidad del anteriormente citado juicio de proporcionalidad, a su vez comprendido por el juicio de idoneidad o de adecuación de la medida, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto²⁴, resultando parámetros para su enjuiciamiento la afectación al desarrollo de la actividad laboral, así como la ausencia de justificación en supuestos en que idéntica o similar estética corporal fuese consentida a otras personas trabajadoras de la misma empresa²⁵.

Del mismo modo, pese a que la imposición de determinado uniforme se considere incluida dentro del ámbito de dirección empresarial, no atentaría por sí misma del derecho a la intimidad y a la propia imagen²⁶, se imponen como límites que comporte riesgos o resulte atentatoria de la dignidad de la persona trabajadora²⁷, sin perjuicio de que el despido por la desobediencia en la orden de vestir determinada prenda de uniforme pueda entenderse

adoptadas por Renfe respecto a la uniformidad referida a las trabajadoras del Tren de Alta Velocidad (AVE) sean atentatorias a los derechos fundamentales o dignidad del trabajador, siendo de resaltar que medidas singulares sobre el traje a utilizar en el desarrollo del trabajo se suelen adoptar con respecto al personal de ciertos sectores laborales, como hostelería, compañías de líneas aéreas, compañías de publicidad, etc. La cuestión suscitada, asumida en una relación laboral voluntaria y libremente concertada, pudiera encontrar otra vía de solución en el campo negocial, en cuya esfera se podría llegar a establecer un Reglamento de Uniformidad, conforme a la misión asignada a las Comisiones ad hoc, instauradas en los sucesivos Convenios Colectivos de Renfe”.

22 Las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 88/1985, de 19 de julio, recuerdan que la celebración de un contrato de trabajo no supone la pérdida por la persona trabajadora de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce como ciudadano/a.

23 La STSJ Madrid 256/2001, de 18 de abril (recurso 1405/2001) declara que la decisión empresarial de que el trabajador se presente al trabajo con la barba completamente rasurada no encontraba amparo en normativa legal o convencional que prohíba a los cocineros llevar bigote y perilla “cuando tales adornos capilares, como recalca el Juez a quo, están debidamente recortados y aseados”, añadiendo que “si bien es cierto que el Real Decreto 202/00 de 11 de Febrero establece que los manipuladores de alimentos deberán conocer y cumplir las instrucciones de trabajo establecidas por la empresa para garantizar la seguridad y salubridad de los alimentos, tales instrucciones han de ser razonables y encontrar amparo legal, convencional o consuetudinario, lo que no sucede en este caso, al constatar la sentencia combatida que el trabajador desarrolla su tarea con el debido aseo y cuidado”.

24 Sala Franco, T. “La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo”. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2 número 1 (2021).

25 La STSJ Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (recurso 355171995) confirmó la improcedencia del despido de trabajador al que se ordenó el afeitarse la perilla, por cuanto no se trataba de una orden fundada y legítima, ni fue acreditada costumbre que así lo impusiese.

26 STSJ Galicia de 27 de junio de 2022 (recurso 2871/2002).

27 STSJ Catalunya de 8 de enero de 1998 (recurso 6148/1997).

desproporcionada en relación a las circunstancias concurrentes²⁸.

Distinta es la consideración sobre la imposición de no vestir determinada prenda, en que se concluye que de no existir norma interna y no afectar a la genérica corrección y limpieza exigibles, no se incluiría en el poder de dirección empresarial la prohibición de una determinada prenda cuando la persona trabajadora no tiene contacto con el público y, por tanto, su modo de vestir no trasciende ni puede afectar a la imagen de la empresa²⁹. Entre los datos trascendentes para posibilitar la limitación a la vestimenta o la imposición de determinada prenda se encuentran las medidas de seguridad fijadas por la empresa³⁰.

Quedan al margen de la intromisión al derecho a la propia imagen el uso de equipos de protección individual, en que la normativa en materia preventiva³¹ impone a la empresa la determinación de aquellos que salvaguarden la salud y seguridad de las personas trabajadores durante el desempeño de su labor³².

c) Captación, reproducción y/o difusión de la imagen.

En cuanto a la captación, reproducción y/o difusión o publicación de la imagen de la persona trabajadora, es prohibida por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, salvo en determinados supuestos. Entre éstos se incluyen aquéllos en que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y el mismo sea constitucionalmente prevalente sobre el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen; supuestos en que se evidencia una tensión entre aquel derecho y las libertades de expresión e información (art. 20.1.a y d de la Constitución), a que asimismo ha aludido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³. Como canon de ponderación, la doctrina constitucional considera que colisiona

28 STSJ Catalunya de 3 de diciembre de 1999 (recurso 5414/1999), en supuesto en que se acordó el despido de vigilante de seguridad por negarse a usar la gorra dentro del centro de trabajo.

29 STSJ Madrid de 7 de mayo de 2002 (recurso 892/2022).

30 STS 26 de diciembre de 1990 (número 9976/1990), respecto a la prohibición empresarial a los croupiers o cambistas en las mesas de juego de un casino y al personal de caja de llevar trajes con bolsillos (la cláusula 5.a del contrato y el art. 27 d) del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden de 9 de enero de 1979. prohíben llevar trajes con bolsillos).

Asimismo, STSJ Islas Baleares de 7 de octubre de 2003 (recurso 552/2003), en supuesto de empleada de empresa de transporte aéreo que se negaba a vestir el chaleco reflectante para realizar su trabajo en las pistas del aeropuerto. Y STSJ Galicia de 26 de enero de 2007 (recurso 5525/2006) en supuesto de oficial de primera carnicería que entraba en el laboratorio de carnicería sin gorro ni mascarilla.

31 Artículo 29.2.2 de la Ley 30/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y artículo 10.a) del RD 773/97 (30 de mayo), sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por las personas trabajadoras de los equipos de protección individual.

32 Cabe citar la STSJ Catalunya 10 de junio de 2009 (recurso 667/2009), y las SSTSJ La Rioja de 22 de junio de 2017 (recursos 131/2017, 132/2017 y 133/2017), entre otras.

33 STEDH de 16 de abril de 2009, caso Egeland and Hanseid c. Noruega.

con la propia imagen la difusión de fotografías o videoclips que solo puedan entenderse como meros instrumentos de satisfacción de la curiosidad ajena y hayan sido incluidos no con función informativa sino con la finalidad de saciar la expectación que pueda provocar determinada noticia; considerándose que el derecho a la propia imagen ha de ceder en los supuestos en que la publicación de la imagen, por sí misma o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, esto es, contribuya a la formación de la opinión pública³⁴.

Del mismo modo, se incluyen en el ámbito de protección del derecho a la propia imagen las denominadas fotos neutrales, esto es, aquellas que si bien no contienen información gráfica sobre la vida privada o familiar de la persona retratada muestran su aspecto físico haciéndole reconocible. Por ello, no afectan a un ámbito íntimo sino a un ámbito propio y reservado, proyectándose sobre su esfera personal si bien no lesionando su buen nombre ni dando a conocer su vida íntima, que la doctrina constitucional tilda de necesario según las pautas de nuestra cultura “para mantener una calidad mínima de vida humana”³⁵.

A pesar de que la persona trabajadora haya otorgado su autorización para la captación de la imagen, la doctrina judicial no considera incluido en el mismo la ulterior comercialización, debiendo ésta ser objeto de expreso consentimiento e interpretada de conformidad con las leyes y los usos sociales, por lo que supone intromisión ilegítima en la imagen de una persona la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2 de la meritada Ley Orgánica 1/1982, esto es, captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; y la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio³⁶. Por ello, de concurrir el “principio de reconocibilidad”³⁷ (entendido como carga identificadora) en la comercialización de la imagen de persona trabajadora, que hubiese autorizado su realización pero no aquella, cabe concluir sobre una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, así como

34 SSTC 176/2013, 19/2014, 18/2015 y 27/2020.

35 SSTC 81/2001 y 27/2020, con cita en esta última de la STEDH de 15 de enero de 2009, asunto *Reklos y Davourlis* contra Grecia.

36 STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2012, recurso 5519/2012 (ROJ: STSJM 15573/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012: 15573).

37 STS/1ª de 30 de enero de 1998 (nº 60/1998), que efectúa una interpretación restrictiva del requisito de la reconocibilidad.

ante una apropiación de su valor comercial³⁸.

3. La conexión de la libertad de apariencia con otros derechos fundamentales. Doctrina jurisprudencial

Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha concluido que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben a la persona trabajadora como ciudadana, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada³⁹, si bien no puede desconocerse que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, 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 de nuestra norma fundamental en los artículos 38 y 33 de la Constitución. En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos de la persona trabajadora a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la razonabilidad de éstos, la mentada doctrina ha afirmado que manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral⁴⁰.

En este marco de adecuación a las exigencias organizativas y de respeto a los derechos fundamentales ha de valorarse el alcance de la libertad de apariencia, frecuente e indisolublemente ligada a otros derechos fundamentales, lo que impone un análisis conjunto de aquél con otros potencialmente afectados cuando se producen conculcaciones del mismo en el ámbito laboral.

3. 1. El respeto a la vida privada y familiar; el libre desarrollo de la personalidad

La relación de la libertad de apariencia con la vida privada ha comportado que con frecuencia se confunda aquél con el de la intimidad al acontecer violaciones conjuntas de ambos derechos, siendo así que en el ámbito anglosajón los derechos a la propia imagen y a la intimidad se solapan. Sin embargo, y no obstante abarcar el derecho a la propia imagen una doble vertiente, en el aspecto personal y en el patrimonial, se trata de dos derechos distintos, que han de ser objeto de diferenciada protección.

No resulta fácil tal distinción al analizar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos

38 STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2012, recurso 5519/2012 (ROJ: STSJM 15573/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012: 15573).

39 SSTC 88/1985 y 99/1994.

40 SSTC 73/1982 ; 120/1983 ; 19/1985 ; 170/1987 ; 6/1988 ; 129/1989 ó 126/1990 y 99/1994.

Humanos, que subraya el estrecho ligamen existente entre vida privada y profesional, considerando el derecho a la propia imagen como integrante del libre desarrollo de la personalidad, por lo que la adopción de medidas empresariales atinentes a ésta pueden influir directamente sobre el ámbito íntimo y/o familiar de la persona trabajadora⁴¹. De este modo, ha subrayado que el respeto a la vida privada⁴² no excluye la actividad profesional y que las restricciones impuestas en ésta pueden recaer bajo el ámbito del respeto a la vida privada y familiar, considerando que la “vida privada” constituye una noción extensa, no limitada a un círculo íntimo “donde cada cual pueda manejar a su antojo su vida personal y alejar completamente de ese círculo el mundo exterior”⁴³ y que no excluye las actividades profesionales⁴⁴. A tal efecto, reflexiona el citado Tribunal que las restricciones impuestas en la vida profesional pueden recaer bajo el ámbito del citado precepto cuando repercuten sobre el modo en que la persona forja su identidad social para el desarrollo de las relaciones con sus semejantes, particularmente cuando factores ligados a la vida privada son considerados como criterios de cualificación para una determinada profesión⁴⁵.

La doctrina constitucional interna ha concluido asimismo sobre la conexión entre ambos derechos, dado que el derecho a la propia imagen previsto en el artículo 18.1 de la Constitución está dirigido a proteger la vida privada y familiar, englobando su dimensión moral y social, como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona⁴⁶.

3. 2. La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El uso de distintivos y/o símbolos religiosos.

— Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

41 Como supuestos en que se dirime sobre la vulneración del artículo 8 del CEDH como consecuencia de medidas de carácter laboral, pueden citarse las SSTEDH de 28 de mayo de 2009 (asunto Bigaeva c. Grecia) -relativo al acceso a la profesión de abogado-, STEDH de 9 de enero de 2013 (asunto Oleksandr Volkov c. Ucrania) -despido del demandante de su puesto de juez-, 27 de julio de 2004 (asunto Sidabras y Dziautas c. Lituania) -prohibición a los ex miembros de la KGB de acceder a ciertos empleos públicos y privados-, STEDH 12 de junio de 2014, Gran Sala (asunto Fernández Martínez contra España) - no renovación de contrato como profesor de religión y moral católica en un instituto público-, y STEDH de 28 de noviembre de 2017 (asunto Antóvic y Mirkovic c. Montenegro) -instalación y uso de cámaras de videovigilancia en las aulas de una universidad-. En ellas se concluye por el Tribunal que el término “vida familiar” es de carácter amplio, no susceptible de una definición exhaustiva, protegiendo en todo caso la integridad física y moral de las personas y el pleno desarrollo de su personalidad, por lo que no puede constreñirse al círculo más próximo con quienes se relaciona, sino que, además, tiene una proyección externa de establecimiento de vínculos en ámbitos más amplios.

42 Artículo 8 CEDH.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

43 STEDH de 16 de diciembre de 1992 (asunto Niemietz c. Alemania).

44 STEDH de 28 de mayo de 2009 (asunto Bigaeva c. Grecia).

45 STEDH de 19 de octubre de 2010 (asunto Özpınar c. Turquía).

46 STC 27/2020, de 24 de febrero.

La doctrina del TJUE ha concluido que la prohibición de uso de cualquier símbolo religioso o político en el desempeño del trabajo no constituye por sí misma una discriminación directa⁴⁷, si bien ello viene condicionado por la conformidad de tal medida a la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. A tal efecto, ha de partirse de que el término “religión” que figura en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 comprende, según su doctrina, tanto el hecho de tener convicciones (fórum internum) como la manifestación pública de la fe religiosa (fórum externum)⁴⁸, examinando la conformidad de la normativa cuestionada a la normativa europea en relación a la “religión” y “convicciones”, que se consideran las dos caras de un mismo y único motivo de discriminación⁴⁹. Desde el punto de vista laboral, la expresión de las propias convicciones puede estar indisolublemente unida a la libertad de apariencia cuando la persona trabajadora desea proyectar una determinada imagen ligada a su religión o convicciones; por lo que se considera relevante examinar la doctrina comunitaria en la referida materia.

En la STJUE de 13 de octubre de 2022 (asunto 344/2020), el Tribunal interpreta la mentada Directiva indicando que una disposición de un reglamento interno laboral de una empresa que prohíbe a las personas trabajadoras manifestar, sea verbalmente o a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. En consecuencia, la empresa puede prohibir en los lugares de trabajo el uso de símbolos que expresen sus convicciones religiosas o filosóficas (o “espirituales”) si se aplica el mismo criterio a todas las personas trabajadoras de manera general e indiferenciada. Sin embargo, un reglamento o una norma interna como la controvertida en el litigio principal puede constituir una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones (en el sentido del art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78), si se demuestra que pese a tratarse de una obligación aparentemente neutra, ocasiona de hecho una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente; salvo que responda a una finalidad legítima y los medios para su consecución sean adecuados y necesarios.

La doctrina ha subrayado que esta resolución enfatiza el elemento finalista que legitima la medida prohibitiva, encontrándose detrás de la norma una decisión de política de derecho⁵⁰. Del mismo modo, se ha considerado controvertido que confiera validez jurídica

47 STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18).

48 STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15.

49 STJUE de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19.

50 Monereo Pérez, J. L. “La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada,

a una disposición de un reglamento interno laboral que contiene una norma que prohíbe no sólo el uso de signos vistosos y de gran tamaño, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, sea cual sea su tamaño, así como el que -si bien quedaba fuera de la cuestión prejudicial planteada- no se haya efectuado reflexión alguna sobre la perspectiva de género que pudiera concurrir, al tratarse de trabajadora de confesión musulmana, y en relación a una típica vestimenta de mujer como es el pañuelo, siendo así que reclama por discriminación en el acceso al empleo u ocupación⁵¹. Cuestión esta última sobre la que se abundará posteriormente.

La STJUE de 28 de noviembre de 2023 (C-148/22) compendia la citada doctrina, en supuesto en que se cuestionó la prohibición por parte de un organismo público de llevar símbolos que revelaran sus convicciones religiosas mientras desempeñaba su actividad profesional, tratándose de trabajadora que desempeñaba función de “jefa de oficina” prácticamente sin ningún contacto con las personas usuarias del servicio público (*back office*). Conviene precisar que la mentada resolución dirime teniendo lo preceptuado en el artículo 2.2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78, anteriormente aludido. El TJUE clarifica que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar, en el lugar de trabajo, signos de convicciones, en particular filosóficas o religiosas, que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78, en los casos en que el criterio relativo al uso de tales signos esté indisociablemente ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas⁵². Y a la inversa, una norma interna adoptada por un empresario que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, en el lugar de trabajo no constituye tal discriminación directa si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todas las personas trabajadoras de la empresa, imponiéndoles, de manera general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos⁵³.

Considerando que el supuesto planteado resultaría subsumible en este último enunciado, si bien recuerda que compete resolver al órgano nacional, otorga una serie de indicaciones, entre ellas la necesidad de existencia de finalidad legítima como margen de apreciación en

de uso visible de símbolos vinculados a "convicciones religiosas, filosóficas o espirituales": requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta". Revista de Jurisprudencia laboral, nº 9/2022.

51 Monereo Pérez, J. L. “La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a "convicciones religiosas, filosóficas o espirituales": requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta”. Revista de Jurisprudencia laboral, nº 9/2022.

52 SSTJUE de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19, de 13 de octubre de 2022, S. C. R. L. (prenda de vestir con connotaciones religiosas), C-344/20.

53 SSTJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15, y de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19.

la concepción de la neutralidad del servicio público que se pretende promover en el lugar de trabajo, concluyendo que la política de «neutralidad exclusiva» de una administración pública con vistas a instaurar en su seno un entorno administrativo totalmente neutro puede considerarse que está objetivamente justificada por una finalidad legítima en el sentido del art. 2.2.b) inciso i) de la Directiva 2000/78. Asimismo, puede estar igualmente justificada la elección de otra administración pública, en función del contexto que le sea propio y en el marco de sus competencias, de abogar por otra política de neutralidad, como una autorización general e indiferenciada del uso de signos visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, también en los contactos con los usuarios, o por una prohibición del uso de esos signos limitada a las situaciones que impliquen tales contactos. En segundo lugar, para que una norma interna evite la calificación de «discriminación indirecta», en el sentido del artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 también debe ser apta para garantizar la correcta aplicación de la finalidad perseguida por la empresa. A este respecto, en primer lugar, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el Ayuntamiento persigue este objetivo de manera verdaderamente congruente y sistemática, con respecto al conjunto de las personas trabajadoras. También corresponderá al órgano jurisdiccional remitente proceder a una ponderación de los intereses en juego, a la luz del conjunto de elementos característicos del contexto en el que se adoptó esta norma, teniendo en cuenta, por un lado, los derechos y principios fundamentales de que se trata, a saber, en el caso de autos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁵⁴.

Si bien en el supuesto de esta última sentencia (STJUE de 28 de noviembre de 2023) sí fue planteada una eventual discriminación indirecta por razón de sexo, la misma no fue abordada concluyéndose que “este motivo está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que, en su artículo 2, apartado 1, letra b), define expresamente el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, y no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, único acto al que se refiere dicha cuestión”, así como que “la resolución de remisión no contiene indicaciones que permitan delimitar el supuesto fáctico en el que se basa la segunda cuestión ni las razones por las que una respuesta a esta cuestión, que se añadiría a la respuesta a la primera cuestión,

54 A la primera cuestión prejudicial responde que el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible en el lugar de trabajo de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.

sería necesaria para la solución del litigio principal".

De la expuesta doctrina se colige que las decisiones empresariales sobre prohibición de uso de signos religiosos o indumentaria relacionada con creencias religiosas deben basarse en un motivo justificado, por cuanto nos encontramos ante supuestos en que la libertad citada colisiona con el poder directivo empresarial. Véase que la mera voluntad de la empresa de ofrecer una imagen de neutralidad, si bien es incardinable en la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta) no justifica, por sí misma, una diferencia de trato basada indirectamente en la región o convicciones, por lo que precisaría de prueba suficiente sobre la justificación empresarial. En este sentido, resulta necesario ponderar si las personas trabajadoras se encuentran en contacto directo con los clientes, por cuanto de forma evidente únicamente en este último supuesto se verá afectada la apariencia de neutralidad invocada empresarialmente. Y todavía debería someterse la decisión a un filtro adicional, cual es el principio de proporcionalidad, debiendo interpretarse de forma restrictiva y estricta cualquier limitación en el ejercicio efectivo de los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras.

— Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sobre esta materia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido especialmente prolija a partir del asunto considerado como primera toma de postura frontal del citado Tribunal con la libertad religiosa⁵⁵, cual es el asunto *Kokkinakis c. Grecia* (STEDH de 25 de mayo de 1993). en aplicación del artículo 9 del CEDH⁵⁶. En esta sentencia se enfatiza que tal libertad es una de las bases de una “sociedad democrática” en el sentido del Convenio, figurando “en su dimensión religiosa entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, siendo también un “bien precioso” para las personas ateas, agnósticas escépticas o indiferentes, como manifestación del pluralismo. Esta libertad incluye la de manifestar la religión, que no se ejerce únicamente de manera colectiva, en público y en el círculo de los que comparten la misma fe sino también individualmente y en privado, así como en principio el derecho de intentar convencer al

55 Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: “Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Eweida y otros c. Reino Unido*, 15 de enero de 2013). *Revista de Administración Pública* ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 171- 195.

56 Art. 9.- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

prójimo, por ejemplo, por medio de una “enseñanza”, sin que la libertad de cambiar de religión o de convicción consagrada por el artículo 9, tenga que quedar en letra muerta.

Puede considerarse como “leading case” en el ámbito laboral la STEDH de 15 de enero de 2013 (asunto Eweida y otros c. Reino Unido), que tiene por objeto cuatro supuestos fácticos, dirimidos conjuntamente, teniendo como elemento común el ejercicio de estos derechos en el ámbito empresarial durante la prestación laboral. La cuestión controvertida se circunscribía a la libertad de apariencia en el entorno laboral y a su contraposición con la voluntad empresarial de proyectar cierta imagen corporativa de neutralidad o laicidad, resultando cada pronunciamiento de una cuidada ponderación de las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos; por lo que resulta especialmente ilustrativa la referencia a las mismas.

El primero de los supuestos en ella analizados fue el denominado caso Eweida, en que el TEDH examina el justo equilibrio entre el deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al deseo de la empleadora, BA, de proyectar cierta imagen corporativa. Los hechos enjuiciados se refieren a una trabajadora a quien la empleadora, BA, suspendió de empleo y sueldo por colocar su cruz de plata y la cadena correspondiente por encima del uniforme de la compañía. Las normas de la empresa prohibían utilizar adornos o alhajas visibles, e imponían que cualquier objeto que, por razones religiosas, quisiera llevar una persona trabajadora debía estar oculto por el uniforme, y, de no ser posible, haber recibido aprobación para ser utilizado. Tras el despido, la compañía le ofreció un trabajo administrativo sin uniforme ni trato con clientes, que la trabajadora rechazó, retornando al trabajo cuando la compañía modificó su política para permitir el uso al personal de símbolos religiosos. La sentencia concluyó que se había conculcado el derecho de la libertad de religión contemplado en el artículo 9 del CEDH; tras examinar el “justo equilibrio” entre “l deseo de Eweida de manifestar sus creencias religiosas, frente al deseo de la empleadora de proyectar cierta imagen corporativa, ponderándose que otras personas trabajadoras se encontraban autorizadas desde el pasado a utilizar aditamentos religiosos como turbantes y hijabs sin impacto negativo alguno sobre la imagen de la compañía. En el segundo de los supuestos dirimidos, caso Gary McFarlane, el trabajador, psicólogo y consejero matrimonial, fue despedido por rechazar el tratamiento de parejas homosexuales; concluyendo el Tribunal que no había existido violación de la libertad religiosa, y sí vulneración del derecho a la no discriminación. En el tercero de aquéllos, caso Lillian Ladelle, la trabajadora fue despedida por negarse a inscribir a una pareja de hecho homosexual, concluyéndose por el Tribunal que no hubo violación de la libertad religiosa, incurriendo la medida extintiva empresarial en vulneración del derecho a la no discriminación. Por último, el cuarto de los supuestos dirimidos, caso Shirley Chaplin, concluyó sobre la ausencia de violación de la

libertad religiosa al restringir el uso de símbolos religiosos en el ejercicio de su profesión de enfermera. Si bien la demandante había apelado al TEDH alegando que su empleadora había restringido el uso que ella hacía de cruces cristianas alrededor de su cuello mientras trabajaba, resultó del relato fáctico que en determinada fecha se habían introducido nuevos uniformes con cuello en forma de V en el hospital, habiéndosele instado a no utilizar su crucifijo y cadena porque podía rozar, golpear, o tocar una herida abierta de lo/as pacientes. La trabajadora se negó a ello y se le cambió de puesto, fuera del área de enfermería. El TEDH convalida el criterio del hospital en relación a la protección de la salud y la seguridad clínica, factor que considera más importante que el de la imagen, concluyendo que la medida no fue desproporcionada y resultó necesaria esa interferencia con su libertad de manifestar su religión.

Otras resoluciones del TEDH relevantes en esta materia son las SSTEDH de 25 de mayo de 1993 (asunto Kokkinakis c. Grecia), 15 de febrero de 2011 (asunto Lucía Dahlab c. Suiza), y 1 de julio de 1997 (asunto Faruk Kalas c. Turquía).

Resulta de interés subrayar que, si bien no limitada al ámbito laboral, la STEDH de 1 de julio de 2014⁵⁷ confirmó la prohibición general de Francia de llevar velos que cubran todo el rostro en público, basándose en el argumento del “valor de la convivencia”. Ha sido objeto de críticas desde sectores doctrinales y organismos como Amnistía internacional. Este último advertía que suponía un enorme retroceso para el derecho a la libertad de expresión y de religión, transmitiendo el mensaje de que las mujeres no son libres para expresar sus creencias religiosas en público⁵⁸.

— Doctrina interna.

La STC 46/2011, en relación al orden público y la seguridad en cuanto límites al derecho fundamental de libertad religiosa, concluyó que el ejercicio de la libertad religiosa y de culto, como declara el art. 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, en absoluta sintonía con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, “tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda 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”. Ahora bien, en cuanto «único límite» al ejercicio del derecho, continúa argumentando que el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el

57 STEDH Gran Sala de 1 de julio de 2014, recurso 43835/2011.

58 [Sentencia del Tribunal europeo.](#)

mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto.

En aplicación de esta doctrina, la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló la prohibición de uso de velo integral impuesta por determinado Ayuntamiento, concluyendo que tal organismo carece de competencias para limitar un derecho fundamental, por cuanto tal restricción únicamente puede ser acordada por norma con rango legal⁵⁹.

En la doctrina judicial laboral, sin embargo, se ponderan elementos tales como la igualdad de trato entre las personas trabajadoras y el cumplimiento de protocolos en materia de seguridad e higiene. Así, algunos pronunciamientos han considerado que no vulnera el derecho a la libertad religiosa la orden relativa a ocultar el velo islámico con la ropa de trabajo, basándose en que se trata de decisión empresarial que no se dirige únicamente a las trabajadoras islámicas además de tratarse de un medio idóneo para la satisfacción de la finalidad de cumplir con los protocolos en materia de higiene alimentaria⁶⁰. Otras resoluciones han considerado lesiva la orden empresarial de ejecutar la labor sin usar gorra pese a esgrimirse motivos religiosos, al considerarla atentatoria a la libertad religiosa y no causar daño ni menoscabar la imagen de la empresa ni incidir en el servicio⁶¹. De forma indudable, nuevamente ha de estarse a la ponderación de la afectación al derecho fundamental en liza de la restricción empresarial en el uso de distintivos o símbolos religiosos.

3. 3. La expresión de género

La expresión de género ha sido definida por la doctrina constitucional de conformidad con el concepto consagrado en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, como “el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética” -STC 67/2022-

59 STS/3^a de 14 de febrero de 2013 (recurso 4118/2011).

60 SSTSJ La Rioja de 22 de junio de 2017 (recursos 178/2017, 349/2017 y 351/2017).

61 STSJ Baleares de 9 de septiembre de 2022 (recurso 390/2002), en que se acreditó que el uso de gorra era consecuencia de su ejercicio de la libertad religiosa como miembro de la comunidad israelita de Mallorca y practicante de la religión judía.

) se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, “definidos en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona, y como cualidades “definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona” (STC 67/2022).

En relación con estos atributos, admite el Tribunal Constitucional que no se ha abordado la cualidad de la imagen física o de la apariencia física, “como imagen externa de cada individuo que permiten identificarlo”. Por ello clarifica que superando la consideración tradicional de que el derecho a la propia imagen concede a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (STC 158/2009, de 25 de junio), es preciso entender que el derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE). Se considera con ello ampliada la previsión expresa del derecho a la propia imagen en el art. 18.1 CE a la definición de la propia apariencia física, en el sentido atribuido a este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 28 de octubre de 2014, asunto Gough c. Reino Unido; de 1 de julio de 2014, asunto S. A.S. c. Francia). Asimismo, por lo que respecta a la identidad de género como causa de discriminación prohibida y su proyección en el ámbito laboral, se considera incluida dentro de una de las causas de interdicción de discriminación del artículo 14 de la Constitución, como *numerus apertus*⁶².

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entorno a la identidad de género, a partir de las sentencias de los casos Goodwin c. Reino Unido e I. c. Reino Unido, ambas de 11 de julio de 2002, se ha basado en el respeto a la vida privada y familiar prevista en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en su artículo 14 que regula el principio general de no discriminación, si bien no contempla el motivo de orientación sexual o la identidad de género como causa de violación del mismo. Su doctrina se ha centrado en las obligaciones negativas y positivas de los Estados en aras a proteger la autonomía personal, la libertad y la dignidad humana de quienes ejercitan tal derecho, considerando que se puede exigir razonablemente que la sociedad acepte ciertos inconvenientes con el fin de permitir a las personas que vivan en la dignidad y respeto, conforme a la identidad sexual que hayan elegido a costa de grandes sufrimientos. Asimismo, constata la evolución de la ciencia y la sociedad, reconociendo el derecho a

62 STC 81/2024, de 3 de junio de 2024, recurso 3819/2020 (ROJ: STC 81/2024 - ECLI:ES:TC:2024:81).

que coincidan la identidad sexual física y la de los documentos oficiales. De particular relevancia es la apelación por el Tribunal al derecho al respeto a la autodeterminación sexual como uno de los aspectos del derecho al respecto a la vida privada, a partir del caso *Van Kück vs. Alemania*, del 12 de junio de 2003, un año después de los casos *Goodwin e I. vs. Reino Unido*⁶³. En el ámbito de las obligaciones positivas estatales, que salvaguarden no únicamente el derecho sino asimismo la libertad de autodeterminación, protegiendo el espacio íntimo de las injerencias de los poderes públicos o de terceros, constituye un avance la STEDH del caso *Hämäläinen vs. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, si bien reconociendo un amplio margen de apreciación estatal dada la falta de consenso en la materia⁶⁴.

En suma, tratándose la estética personal de manifestación, en ocasiones, de la identidad de género (la doctrina constitucional cita como rasgos de ésta el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética), la injerencia en la misma por parte de la empresa no sólo podría afectar al derecho a la propia imagen sino también a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad o libertad de autodeterminación.

3. 4. La prohibición de discriminación

Dentro de la prohibición de discriminación por apariencia, se abordará el estudio de ésta en sentido estricto, así como la discriminación por razón de sexo o género a que la imposición de determinada indumentaria puede dar lugar.

— Aspectismo o discriminación por apariencia.

La discriminación por apariencia física o aspectismo resulta una de las formas de discriminación más invisibilizadas, y sin embargo más presentes, en el ámbito laboral, pese a que existan movimientos crecientes que abogan por la neutralidad corporal. Y ello es particularmente relevante en los ámbitos laborales en que la imagen proyectada al exterior por las personas trabajadoras es considerada como un bien patrimonial o elemento definitorio por la empresa, lo que determina que, además de en el acceso a la prestación laboral, durante su desarrollo resulte uno de los elementos de discriminación que determinan la adopción de decisiones sobre promociones, ascensos, o extinciones laborales. El modelo estético hegemónico imperante en nuestra sociedad determina

⁶³ Martínez de Pisón Cavero, J. M. “La identidad de género en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. AFD, 2022 (XXXVIII), pp. 105-136, ISSN: 0518-0872.

⁶⁴ Particular relevancia ha tenido el reconocimiento oficial de la nueva identidad de género en los supuestos en que la edad de jubilación varía en función de aquél (casos *Grant vs. Reino Unido*, de 23 de mayo de 2006, y *Schlumpf vs. Suiza*, de 8 de enero de 2008), si bien resulta materia que excede del objeto del presente estudio.

asimismo que la discriminación basada en pretextos estéticos (tales como la gordofobia), que afecta al cruzarse con estereotipos de género, raciales, xenofóbicos o clasistas a grupos sistemáticamente víctimas de otros modos de discriminación, haya comportado⁶⁵ una restricción sistemática de su acceso o permanencia en el empleo.

Un reciente estudio sobre discriminación racial en el acceso al empleo en Europa, realizado por investigadores/as del Laboratorio sobre Discriminación y Desigualdad de la Universidad Carlos III de Madrid (D-Lab), la Universidad de Ámsterdam, el Centro de Ciencias Sociales de Berlín (WZB) y el Centro Alemán de Investigación sobre Integración y Migración (DeZIM), publicado en la revista académica *Socio-Economic Review* concluyó que la creencia extendida de que la discriminación en Europa tiene bases fundamentalmente culturales es una creencia errónea, por cuanto el fenotipo (apariencia racial) es un factor que afecta a las oportunidades laborales, y por tanto vitales, de las personas de ancestro no europeo con una intensidad comparable, si no superior, a la que tienen los factores religiosos y culturales⁶⁶. A tal efecto, se midió la probabilidad media de que las empresas se interesasen por lo/as solicitantes con la característica que se pretendía estudiar frente a interesarse por solicitantes curricularmente idénticos pero que no poseyesen dicha característica, registrando las respuestas de casi trece mil empresas europeas a otras tantas solicitudes de empleo ficticias en tres países de la UE, Alemania, Países Bajos y España, que fueron escogidos porque en los mismos es práctica habitual que los currículos laborales incluyan una fotografía del candidato/a; y ello ponderando que la mayor parte de los estudios sobre discriminación racial en la contratación hasta la fecha procedía de países anglosajones, donde de forma paradójica el uso de fotografías en las solicitudes de empleo está prohibido por ley (EE.UU, Canadá, Gran Bretaña, Nueva Zelanda) o desaconsejado en la práctica (Australia). El uso de fotografías permitió que se investigase el papel del fenotipo y el ancestro étnico como desencadenantes potencialmente distintos de la discriminación en el acceso al empleo; concluyendo el estudio el fenotipo importa en los tres países del experimento, siendo su impacto neto significativamente mayor en los países del norte que en España.

La invisibilización de la discriminación por apariencia tanto a nivel legislativo⁶⁷ como en la práctica forense llega a tal punto que, pese a que los organismos internacionales subrayan

65 [Artículo sobre sobre la discriminación racial en el acceso al empleo en Europa.](#)

66 Se concluye en el estudio citado que al ignorar el papel del fenotipo, las investigaciones precedentes han sobrestimado con toda seguridad el papel de los factores culturales, afirmándose que “si todos los nuevos europeos descendientes del Magreb y Oriente Próximo fueran “invisibles” (es decir, tuvieran fenotipo blanco), la discriminación laboral contra esta minoría se reduciría drásticamente en Europa”.

67 La discriminación por apariencia no es mencionada como factor odioso ni en el artículo 24 de la Constitución ni en el artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación; si bien se entiende incluido en la cláusula general contenida en ambos preceptos.

lo creciente del fenómeno de la discriminación por aspectismo, la litigiosidad de este tipo de asuntos es prácticamente inexistente. Se ha afirmado doctrinalmente que esta escasez de conflictividad judicial puede ser motivada por la falta de un respaldo normativo claro y por la percepción de las personas trabajadoras de la escasa posibilidad de éxito de sus reclamaciones; acercándose el estudio de estas cuestiones frecuentemente a un análisis o un derecho de casos, por la ausencia de una construcción teórica sólida de los tribunales en aquellos asuntos en los que se han pronunciado⁶⁸.

En la práctica judicial sí han sido abordados supuestos en que se restringía el acceso a la prestación laboral debido al determinado rasgo físico, lo que resultaría subsumible en el aspectismo o discriminación por apariencia (si bien sin otorgarle este nomen iuris), considerándose que de no encontrarse justificado por exigencias razonables o de seguridad y salud relativas a la relación laboral resultarían restricciones desproporcionadas⁶⁹.

Respecto a la discriminación por el sobrepeso o gordofobia, no resulta frecuente su denuncia en el ámbito judicial. La doctrina jurisprudencial europea, a la que se le sometió la cuestión de si el Derecho de la Unión prohíbe de manera autónoma las discriminaciones por motivo de obesidad), respondió que el Derecho comunitario no prohíbe las discriminaciones por razón de obesidad, y que no procede ampliar el ámbito de la Directiva más allá de su listado tasado (motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo); y en relación a si la obesidad podía considerarse como «discapacidad» a efectos de la Directiva), concluyó que la incapacidad profesional cubre tanto la imposibilidad, como la «dificultad», por lo que solo podría incluirse como «discapacidad» a efectos de la Directiva, cuando la obesidad del trabajador acarrearía una limitación sustancial con doble alcance, que: a) pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y b) Si esta limitación fuera de larga duración, incumbiendo el examen de si concurre esta doble condición a la jurisdicción nacional⁷⁰. Asimismo, a nivel interno se ha negado que tenga la condición de factor de discriminación, por entenderse que sería en su caso subsumible como forma de alteración de la salud⁷¹.

— Discriminación por razón de sexo o género.

68 Arrúe Mendizábal, Marta. “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”. Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

69 La STSJ Catalunya (Sala Contencioso-Administrativa) de 7 de enero de 2003 (recurso 155/1998) consideró desproporcionada la exclusión como candidato a Mosso d'Esquadra de persona que presentaba cicatrices, pese a oponerse por la empleadora que ello podía favorecer su identificación.

70 STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13.

71 STSJ Valencia de 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012). Concluye que el sobrepeso que no puede ser considerado una forma de discriminación, por cuanto a la misma no se refiere la normativa y no concurre una segregación histórica.

La doctrina jurisprudencial ha evolucionado en la aplicación de la perspectiva de género -no obstante, no otorgarle este nomen iuris- a los debates jurídicos en que se planteaba la posible colisión entre la facultad empresarial a determinar el código de vestimenta y el principio de no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, ello ha sido fruto de una profundización en la concepción de los denominados estereotipos de género, que no siempre fueron advertidos.

De este modo, la STS/4^a de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000), anteriormente citada, determinó que la imposición a las mujeres trabajadoras de vestir falda se encontraba dentro de las facultades empresariales, y aunque la posterior STS/4^a de 19 de abril de 2011 (recurso 16/2009), concluyó que la imposición de vestir las mujeres falda, delantal y cofia constituía una discriminación por razón de sexo, lo fue por entender que la imposibilidad de optar por vestir pijama sanitario frente al uniforme de falda, delantal con peto y cofia, resulta discriminatoria por contener ilícita distinción entre hombres y mujeres y no permitir a éstas la utilización de la prenda de uniforme que utilizan los hombres en las mismas dependencias y con las mismas categorías (el pijama sanitario). Ahora bien, en relación a idéntico uniforme, se concluye que no afecta a la dignidad de la trabajadora o a la intimidad, utilizando al efecto una argumentación que refleja el recurso a los estereotipos de género o a la perpetuación de una determinada imagen social⁷², lo que, si bien no fue objeto de planteamiento, podría haber colisionado con el derecho a la no discriminación por razón de género precisamente por el ligamen de la vestimenta con la concepción social de la misma en relación al sexo femenino (“elegancia femenina”)⁷³.

La citada STSJ Madrid de 3 de junio de 2015 (recurso 663/2014), si bien no dirime sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo en relación al maquillaje impuesto a la trabajadora, reflexiona sobre la posibilidad de exigir una “uniformidad o una apariencia adecuada conforme a los usos sociales (evitando, vgr., ropas, accesorios o maquillajes impropios)”, considerando que la imposición del maquillaje incidía en un aspecto relacionado claramente con la imagen más básica de la persona. Nuevamente nos encontramos ante la alusión a los usos sociales que en su ponderación en fase de enjuiciamiento debe verse

72 Se argumenta en esta sentencia: “pues la utilización de la falda en dimensiones normales no solo está socialmente como algo absolutamente corriente, sino que incluso se vincula en ocasiones con tradicionales o históricas ideas de elegancia femenina, cuando, por otra parte, y en relación con ello, no hay exhibición física inadecuada o excesiva que no sea total y absolutamente normal desde el punto de vista de nuestros usos sociales”.

73 Adviértase la descripción de género contenida en la STC 67/2022: “define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género”.

liberada de estereotipos por razón de género que determinen la vulneración del principio de igualdad por tal motivo. Dicho de otro modo, la alusión a los usos sociales además de deber ser acorde a la evolución social debe respetar la conformidad al principio de igualdad por razón de género, evitando que determinada imagen ligada a la imagen tradicional de los diferentes sexos determine que se considere una determinada restricción o imposición empresarial en materia de apariencia acorde a la necesidad empresarial. Será ésta, y no así la adecuación a los usos sociales, la que sometida al triple juicio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, determinará la conclusión sobre la conformidad a derecho de tal restricción o imposición.

Las resoluciones judiciales muestran la frecuencia a alusiones de tales concepciones estereotipadas al tratar sobre la estética personal de hombres y mujeres. En el primer caso, varones, por lo que respecta a la barba, perilla y/o bigote que, tal como se ha analizado anteriormente, se considera ligado a condiciones de salud e higiene personal, muy frecuentemente de forma estereotipada y sin análisis del supuesto concreto; o en relación a la longitud del pelo o uso de coleta por varones⁷⁴. En el segundo caso, mujeres, con especial énfasis en el maquillaje o el uso de tacones, nuevamente elementos que proyectan una determinada estética de carácter estereotipado, que no deben obstar a la ponderación del concreto supuesto enjuiciado.

Entre las mentadas resoluciones, se ha considerado discriminatoria por razón de sexo la exigencia de uso de zapatos de tacón a las trabajadoras, permitiéndose a los varones el uso de zapato plano, lo cual, aplicando la doctrina anteriormente aludida, se considera un componente de distinción vinculado al sexo de las trabajadoras que al resultar obligatorio para ellas y no permitírseles que calcen zapatos sin tacón que sí utilizan los hombres de su misma categoría, supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada y por ello discriminatoria, al proyectarse por la empresa al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual de los organismos públicos, lo que también pone de manifiesto que no resulta proporcional la medida en relación con el derecho de igualdad y no discriminación, ni es necesaria, pues si se concediera por la empresa, actuación empresarial que se considera aún más gravosa teniendo en cuenta que hombres y mujeres realizan idéntica tarea en posición de bipedestación y que el uso de tacones altos es innecesario y no solo no aporta ningún

74 La STC 120/1996 anula la sanción por incumplimiento del principio de legalidad (el comportamiento sancionado fue "llevar el pelo más largo de lo correcto e incluso recogido habitualmente en forma de «coleta»"), considerándose no quedaría comprendido en el precepto sancionador.

La STSJ Sala Contencioso-Administrativa de Madrid de 21 de diciembre de 2012 (recurso 430/2009), anula la resolución recurrida por vulneración del principio de legalidad. En la misma (orden de jefatura de policía local reguladora de la uniformidad e imagen personal) se aludía a determinadas concepciones estereotipadas (sin otorgarles este nomen iuris), distinguiendo sobre el pelo de varones y mujeres.

beneficio ni ventaja, sino por el contrario puede perjudicar la salud de las trabajadoras dado que si les resultan incómodos, la incomodidad puede traducirse en cansancio cuando llevan varias horas de pie y en lesiones y además puede llegar a repercutir en su rendimiento y en la atención al público, por lo que se considera que la orden dada a la trabajadora por la empresa vulnera el artículo 14 de la Constitución⁷⁵. Nuevamente otorgarle este nomen iuris, la referencia a la proyección de una imagen diferenciada en función del sexo tiene por objeto los estereotipos de género considerados contrarios al derecho a la igualdad⁷⁶.

Se trata de una materia en que el casuismo impide llegar a conclusiones unívocas, debiendo estarse a las concretas circunstancias para efectuar el juicio de ponderación, que en todo caso, conviene insistir, ha de estar libres de estereotipos o expectativas de género⁷⁷. Precisamente la presencia de éstos en determinadas reglas de uniformidad han determinado pronunciamientos sobre la concurrencia de discriminación directa⁷⁸.

3. 5. La protección de datos. Especial referencia a los datos biométricos

El trabajo a distancia o teletrabajo, sistema de organización que se ha visto incrementado en los últimos años, particularmente a raíz de la pandemia Covid-19 pero asimismo por el avance de las nuevas tecnologías, entraña un riesgo para la preservación de la propia imagen que se ve fuertemente comprometida cuando la ejecución de la labor profesional

75 STSJ, Social sección 3 del 17 de marzo de 2015, recurso 931/2014 (ROJ: STSJ M 5341/2015 - ECLI:ES: TSJM: 2015: 5341), en supuesto en que constaba que el uniforme femenino del puesto de trabajo de la actora incluye una blusa que se transparenta, si bien no consta el tejido con el que se confecciona la ropa ni su grado de transparencia, y zapatos de tacón, siendo bajos los zapatos del personal masculino. Si bien se concluye que la exigencia de zapatos de tacón a las trabajadoras, frente a los varones, es discriminatoria, no se considera así en el caso de la blusa del uniforme, por cuanto “no se ha practicado una prueba plena, cuya carga correspondía a la trabajadora, respecto del grado de transparencia ni constan quejas de otras trabajadoras y tampoco hay constancia de cuál sea el tejido utilizado para las camisas de los varones, ni si se transparentan o no, por lo que no podemos concluir que se trate de una prenda que atente contra la dignidad o que sea sexista”.

Asimismo, se apostilla que “la declaración del carácter discriminatorio de las diferencias entre el calzado de los trabajadores y las trabajadoras, no significa que no se considere totalmente digno el uso de zapatos de tacón por parte de aquellas otras trabajadoras que puedan encontrarse cómodas con él, siendo lo determinante que la empresa dé la opción por la utilización de zapatos de iguales características que los de los uniformes de los varones y no imponga a las trabajadoras por razón de género uniformes que puedan resultar inadecuados”.

76 SSTEDH de 12 de marzo de 2012 (Konstantin Markin c. Rusia) y de 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal).

77 La STSJ Catalunya de 13 de febrero de 2023 (recurso 4507/2022), en que se concluyó que la imposición de llevar camisetas con determinado logo a la altura del pecho no resultaba contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, al imponerse a la totalidad de plantilla sin distinción de sexos, dejando sin efecto la sanción administrativa impuesta por tal causa.

78 STSJ Catalunya 14 de diciembre de 2021 (recurso 3631/2021). Se confirma la sanción impuesta a la empresa por imponer a las trabajadoras en el manual de uniformidad, en los servicios de restauración de trenes, ciertas exigencias relacionadas con su aspecto físico que son discriminatorias. La sentencia considera que la uniformidad femenina que exige la empresa tiene un cierto componente tradicional o antiguo, que se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres.

requiere una exposición del propio aspecto personal a quienes se relacionan con la empresa o institución por cuenta de la que se prestan tales servicios. Asimismo, supone un riesgo para el derecho a la protección de datos, particularmente de naturaleza biométrica, por cuanto la configuración de la tutela del derecho a la propia imagen forma parte de la protección legal de los datos personales que establece el artículo 18.4 de la Constitución, dado que la imagen grabada es un dato propio de la identidad de la persona.

Constituye un reflejo de tal riesgo el artículo 6.2 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia⁷⁹, al disponer que la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, excluyendo aquellos datos que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudieran afectar a la intimidad personal, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo que el tratamiento de la información facilitada estará sometido a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos. Por ello, en supuestos como los mencionados resulta insoslayable que la protección de los datos de la persona trabajadora incluya los atinentes a su propia imagen conocidos como datos biométricos, cuya salvaguarda ostenta especial relevancia en la normativa y doctrina jurisprudencial europea. Si bien la doctrina judicial europea lo ha abordado desde el punto de vista de la salvaguarda de la protección de datos (al ser éste el objeto de planteamiento de las cuestiones prejudiciales sometidas a su consideración), la doctrina jurisprudencial interna lo analiza desde la óptica del derecho a la propia imagen.

Como punto de partida para su examen, el Reglamento 2016/679 (UE), de 27 de abril, General de Protección de datos remite a la legislación estatal y a la normativa convencional en el ámbito laboral; exigiendo prestar especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. Si bien no se cita el poder de dirección ni el control empresarial, sí alude a “sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”, debiendo la empleadora informar a las personas trabajadoras sobre la finalidad del tratamiento, así como sobre el cúmulo de facultades del derecho de protección de datos. Debe advertirse que el Reglamento 2016/679 (UE) no cita el derecho a la intimidad, circunscribiéndose al derecho de protección de datos, extendiendo su ámbito a “cualquier operación”, término que la doctrina jurisprudencial europea ha considerado tiene carácter de *numerus apertus* (recogida,

79 Ley 10/2021, de 9 de julio de 2021 de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio de 2021).

registro, conservación, consulta de datos)⁸⁰.

Centrando nuestro análisis en los datos biométricos, dado su ligamen con el derecho a la propia imagen, el artículo 9 del Reglamento 2016/678 (UE) impone para el tratamiento por las empresas de los correspondientes a quienes presten servicios por cuenta de aquéllas que exista consentimiento explícito de las personas interesada, debiendo protegerse el interés vital de quienes se encuentren incapacitado/as para adoptar decisiones, y exigiéndose un interés público esencial, y proporcional al objetivo perseguido, pudiendo utilizarse los datos para fines de medicina preventiva, cuestiones sociales o evaluar capacidades de la persona trabajadora. Del mismo modo, el artículo 35 del citado Reglamento exige con carácter previo a la adopción de una medida que afecte a datos de la referida naturaleza que las empresas lleven a cabo una evaluación del impacto de protección de datos.

Ahora bien, cabe plantearse la ponderación a efectuar cuando la propia prestación de servicios incluya la captación de la imagen de la persona trabajadora. La STJUE de 30 de marzo de 2023 (asunto C-34/2021)⁸¹ analiza la utilización de datos biométricos por medio de conexión al servicio de videoconferencia del profesorado, por cuanto la norma alemana, cuya conformidad al Derecho comunitario fue cuestionada, al establecer el marco jurídico y organizativo de la enseñanza escolar durante el período de pandemia de Covid-19, estableció la posibilidad de que los alumnos que no pudieran estar presentes en clase asistieran en directo a las clases por videoconferencia si era consentido por ello/as o por sus progenitores en caso de ser menores de edad, si bien no se prescribió el consentimiento de los docentes a su participación en dicho servicio. El Comité Principal del Personal Docente del Ministerio de Educación y Cultura del Estado Federado de Hesse interpuso un recurso ante el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden, Alemania) censurando que la difusión en directo de las clases por videoconferencia no estuviera supeditada al requisito del consentimiento de los docentes implicados. El Ministro de Educación y Cultura del Estado Federado de Hesse, por su parte, alegó que el tratamiento de datos personales que constituye la difusión en directo de las clases por videoconferencia estaba cubierto por el artículo 23, apartado 1, primera frase, de la HDSIG, de modo que podía realizarse sin solicitar el consentimiento del docente implicado. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden indicó a este respecto que, de conformidad con la voluntad del legislativo del estado federado de Hesse, el artículo 23 de la HDSIG y el artículo 86 de la HBG pertenecen a la categoría de las «normas más específicas» que los Estados miembros pueden establecer, de conformidad con el artículo

80 STJUE 4 de mayo de 2023, Österreichische Datenschutz-behorde y CRIF, C-482/21.

81 STJUE de 30 de marzo de 2023, recurso C-34/21.

88, apartado 1, del RGPD, para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral; si bien dicho órgano jurisdiccional alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del artículo 23, apartado 1, primera frase, de la HDSIG y del artículo 86, apartado 4, de la HBG con las exigencias impuestas por el artículo 88, apartado 2, del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD).

Adviértase que precisamente en este último texto normativo reside la relación entre el derecho a la protección de datos y el de la propia imagen, por cuanto dispone el citado precepto (art. 88.2 RGPD) que las normas establecidas sobre la base de su artículo 88, apartado 1, incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. Precisamente lo cuestionado ante el TJUE fue si la normativa estatal⁸² constituía una norma más específica a efectos del apartado 1 del artículo 88 del RGPD. La resolución del TJUE argumenta que tales normas no pueden limitarse a reiterar las disposiciones del referido Reglamento, sino que deben tener por objeto la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en relación con el tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral e incluir medidas adecuadas y específicas destinadas a proteger la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los interesados; y es esta última referencia la que estimamos ostenta particular relevancia en relación al derecho a la propia imagen, si bien conviene advertir que no fue objeto de planteamiento ante el TJUE. Ello, no obstante, la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas arroja luz sobre la protección de ésta a través de la de los datos biométricos. Y ello por cuanto, tal como recuerda la STJUE que venimos comentando, los capítulos II y III del RGPD enuncian, respectivamente, los principios que regulan el tratamiento de los datos personales, así como los derechos de la persona afectada que todo tratamiento de tales datos debe respetar⁸³.

El Estado alegó que pertenecía a la categoría de “normas más específicas” que los Estados miembros pueden establecer (art. 88.1 RGPD) para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras en el ámbito laboral. Sin embargo, el TJUE respondió a las cuestiones prejudiciales

82 La norma estatal permitía el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras a efectos de la relación laboral “si es necesario para la decisión sobre el establecimiento de una relación laboral o, tras el establecimiento de ésta, para su aplicación, rescisión o resolución, así como para la aplicación de medias internas de planificación, organización, de naturaleza social o de personal”.

83 En relación a esta materia, STJUE de 24 de febrero de 2022, C-175/20, EU:C:2022:124).

concluyendo que el artículo 88 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional no puede constituir una «norma más específica», a los efectos del apartado 1 de dicho artículo, en caso de que no cumpla las condiciones impuestas en el apartado 2 del referido artículo. Asimismo, estableció que el citado precepto, artículo 88, apartados 1 y 2, del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de disposiciones nacionales adoptadas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en cuanto se refiere al tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral deberá excluirse cuando esas disposiciones no respeten las condiciones y los límites establecidos por el citado artículo 88, apartados 1 y 2, a menos que dichas disposiciones constituyan una base jurídica contemplada en el artículo 6, apartado 3, de dicho Reglamento que cumple las exigencias establecidas en este.

Dentro de la doctrina judicial interna, la cuestión atinente a la captación de datos biométricos para fines de desarrollo de la actividad laboral es tratada en el ámbito del derecho a la propia imagen. Al respecto, cabe citar la STC 99/1994, que consideró que el primer elemento a salvaguardar en el ámbito del derecho a la propia imagen es el “interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico”, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, continúa afirmando la doctrina constitucional, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél⁸⁴.

84 STC 99/1994, de 11 de abril de 1994, en que con motivo de la muestra de un producto (jamón ibérico) a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Agricultura para la presentación de la denominación de origen del jamón de bellota, fabricado por la empresa en la que prestaba sus servicios el solicitante de amparo, éste fue reiteradamente requerido por aquélla para que realizara el corte de jamón dada su destreza en dicho cometido. Requerimiento al que se negó el aquí recurrente, alegando que bajo ningún concepto deseaba que su imagen fuese captada fotográficamente, por lo que la empresa procedió a despedirle.

Contra dicha decisión, interpuso demanda por despido, que fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz. Recurrída en suplicación, se dictó por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura Sentencia el 12 de febrero de 1990, en la que se desestimó el recurso interpuesto, por considerar que la presentación ante los medios de comunicación y las autoridades autonómicas del producto de la demandada constituía un acaecimiento público en el que el recurrente era parte accesoria del mismo y, por consiguiente, su conducta, libre de toda exculpación, caía de lleno en la indisciplina o desobediencia. Interpuesto recurso de amparo, el mismo fue estimado por concluirse sobre vulneración del derecho a la propia imagen del trabajador.

Ahora bien, las facultades organizativas imponen que tal análisis se efectúe basándose en el previo consentimiento de la persona trabajadora, así como en la necesidad para el desarrollo de la actividad laboral de tal cesión. De no haber mediado el citado consentimiento, y no venir impuesta la restricción del derecho fundamental por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, la doctrina constitucional subraya que no es suficiente la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento. Y ello por cuanto los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, por lo que resulta necesario 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 de la persona trabajadora y el de la organización en que se integra.

Por ello, la doctrina constitucional exige que se acredite la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador -y no otro, o de otra manera- cumpliera la orden dada de ser captado fotográficamente, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta, al afectar a un derecho fundamental del trabajador especialmente vinculado con la tutela de su esfera íntima (se menciona una necesaria “racionalidad específica” en la que la restricción del derecho de la persona trabajadora, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial⁸⁵).

En cuanto a la forma en que la persona trabajadora ha de expresar su consentimiento, la doctrina jurisprudencial había precisado que no resultaban válidas las cláusulas tipo impuestas al comenzar la relación laboral, por entenderse que no colman la exigencia legal de consentimiento pese a encontrarnos ante tiempos de “progresiva pujanza telemática en todos los ámbitos”⁸⁶. Se argumentaba al respecto que siendo la persona trabajadora la parte más débil del contrato, ha de excluirse la posibilidad de que esa debilidad contractual pueda viciar su consentimiento a una previsión negocial referida a un derecho fundamental, y que dadas las circunstancias -se trata del momento de acceso a un bien escaso como es el empleo- bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario⁸⁷ de forma que la ausencia de la menor garantía en orden al consentimiento que requiere el art. 6.1 LOPT. Sin embargo, la STS/4^a de 10.04.19 (rec. 227/2017) concluyó, en conflicto colectivo en que se cuestionaba la validez de cláusula

85 STC 99/1994.

86 STS/4^a de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014) y sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2017 (recurso 137/2017).

87 STS/4^a de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), con cita sobre tal extremo, aunque referido a cláusulas de temporalidad, de las SSTs 20/01/98 -rcud 317/97 -; 30/03/99 -rcud 2815/98 -; 29/05/00 -rcud 1840/99 -; y 18/07/07 -rcud 3685/05 -).

contractual que se incorporaba a los contratos y que suscribían las personas trabajadoras al inicio de la relación laboral por la que cedían su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de telemarketing y cumplir con el objeto del contrato, que dicha actividad estaba incluida en el ámbito funcional del convenio. Se advierte en esta sentencia que la recurrida había sido dictada cuando el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se encontraba en período de “vacatio legis” (artículo 99 del Reglamento, que pospone su aplicación hasta el 25 de mayo de 2018), por lo que si bien ello excusa de su aplicación directa, sí obliga a interpretar la antigua normativa a la luz de los principios contenidos en las nuevas disposiciones, por lo que el Alto Tribunal toma en consideración la expuesta normativa. Sentado lo anterior, se concluye que si se trataba de la realización de funciones propias del objeto del contrato celebrado, la cláusula controvertida se limitaba a advertir al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe y, a la par que el mismo quedaba advertido de ello, prestaba expresamente su consentimiento a la cesión de su imagen, pero con una salvaguarda, de forma que la cesión de la imagen viniese condicionada a que su fin fuese cumplir con el objeto del contrato; concluyéndose que la cláusula controvertida no era abusiva, sino, más bien, informativa y a la par receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir, por lo que no vulneraba el derecho a la propia imagen siempre que se ejercitase dentro de los márgenes indicados. Por ello, se considera que el consentimiento para la captación de imagen no resultaba necesario cuando los datos (imagen) se ceden en el marco de cumplimiento de contrato cuyo objeto lo requiere.

Adviértase que la diferencia entre uno y otros supuestos deriva del objeto de los contratos y en consecuencia de la prestación laboral. En cualquier caso, la restricción del derecho a la propia imagen ha de verse constreñida a los límites de salvaguarda de derechos fundamentales, esto es, ha de entenderse como captación con fines profesionales y no disciplinarios (video-llamadas con fines de atención a la clientela), no admitiéndose la utilización de imágenes fuera del ámbito laboral, resultando exigible consentimiento específico por la empresa cuando realiza actividades promocionales, siendo irrelevante el número de clientes que utilicen la videollamada, y entendiéndose que el consentimiento ha de enmarcarse en la captación de imágenes imprescindibles para el desarrollo de la actividad laboral. Deberá aplicarse, con ello, un test de proporcionalidad que comprenda un juicio de idoneidad (medida susceptible de conseguir el objetivo propuesto), un juicio de necesidad (que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia), y uno de proporcionalidad en sentido estricto (medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que

perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto; minimización de datos)⁸⁸.

En este ámbito, resulta de especial interés dentro de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de la vida privada referirnos a la videovigilancia en el lugar de trabajo, por cuanto la captación de imágenes sin duda interfiere en la protección del derecho a la propia imagen. Entre las resoluciones con mayor aplicabilidad práctica en nuestro ordenamiento se encuentra la STEDH, Gran Sala, de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España), que se había visto precedida por la de 9 de enero de 2018 en el mismo asunto. Su objeto viene constituido por la videovigilancia en el lugar de trabajo, en supuesto fáctico en que por la empresa se había procedido a la grabación de lo/as trabajadores/as como cajero/as o asistentes de ventas en una cadena de supermercados, al haberse notado descuadres de caja mensuales entre el inventario de la tienda y sus ventas, así como pérdidas durante más de cinco meses⁸⁹. Por lo que respecta a las declaraciones atinentes a nuestro ordenamiento, considera el Tribunal que el derecho español impone informar claramente a las personas sobre el almacenamiento y tratamiento de datos personales (art.5 LOPD). Si bien una primera sentencia, de 9 de enero de 2018, concluyó que se había vulnerado el artículo 8 del CEDH, por no haberse ponderado adecuadamente los derechos a la vida privada de lo/as trabajadores/as y a la propiedad privada de la empresa, posteriormente la Gran Sala dictó la sentencia de 17 de octubre de 2019 rectificando su anterior criterio, considerando que no había existido vulneración del artículo 8 del CEDH. Para ello, parte de considerar que si bien el objeto del art. 8 CEDH es esencialmente proteger a la persona contra la injerencia de las autoridades públicas, obliga a los Estados no sólo a abstenerse de dicha injerencia, sino, asimismo, a la adopción de medidas necesarias para garantizar el respeto por la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones de personas privadas entre sí⁹⁰.

88 STC 186/2000 y 37/1998.

89 Las cámaras fueron instaladas en algunos casos de forma visible (informándose de ello a las personas trabajadoras), y en otros de forma oculta, enfocando a las cajas (no informándose en este último supuesto a las personas trabajadoras). Tras haber sido grabado/as durante un determinado período, la empresa citó a lo/as trabajadore/as que podían ser implicado/as en los descuadres, reconociendo todo/as ello/as su participación en los hechos; por lo que fueron despedido/as disciplinariamente. Impugnados estos despidos ante la jurisdicción social, se alegó la vulneración del derecho a la intimidad, por haberse producido la videovigilancia descrita.

90 A tal efecto, considera que son aplicables los principios establecidos en la STEDH Bărbulescu, teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales y el desarrollo de nuevas tecnologías, que pueden permitir tomar medidas cada vez más intrusivas en la vida privada de lo/as empleado/as. En definitiva, considera que han de ponderarse los siguientes extremos: a) si la persona trabajadora ha sido informada de la posibilidad de que la empresa adopte medidas de videovigilancia y de la implementación de tales medidas; b) el alcance de la videovigilancia por parte de la empresa y el grado de intromisión en la privacidad de la persona trabajadora (nivel de privacidad del área vigilada, limitaciones de tiempo y espacio, y número de personas con acceso a los resultados); c) si la empresa ha proporcionado razones legítimas para justificar la videovigilancia y el alcance de la misma; d) si hubiera sido posible establecer un sistema de videovigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos; e) las consecuencias de la videovigilancia para la persona trabajadora sujeta a él; y f) si la persona trabajadora ha recibido las garantías apropiadas, especialmente

El Tribunal considera que es necesario distinguir, en el análisis de la proporcionalidad de una medida de videovigilancia, los diversos lugares en los que se llevó a cabo la supervisión, a la luz de la protección de la privacidad que un/a trabajador/a puede razonablemente esperar. Y se concluye que los tribunales laborales que examinaron las reclamaciones de los demandantes llevaron a cabo un ejercicio de ponderación específico entre, por un lado, su derecho al respeto de su vida privada y, por otro, el interés empresarial en asegurar la protección de su propiedad y el buen funcionamiento de la empresa, tratándose de medida justificada por una finalidad legítima y proporcionada.

4. A modo de corolario

Los avances sociales y tecnológicos evidencian la necesaria salvaguarda del derecho a la propia imagen de las personas trabajadoras, que han visto debilitada su protección como derecho fundamental en aras al interés empresarial. Del mismo modo, el derecho a la libre determinación y la dignidad de las personas comportan que la libertad de apariencia deba ser objeto de reforzada tutela, particularmente en aquellos supuestos en que las restricciones o limitaciones impuestas a la misma esconden o coadyuvan a la vulneración de otros derechos fundamentales estrechamente ligados a su ejercicio.

La libertad de apariencia supone un elemento configurador de la propia personalidad como elemento de proyección exterior y propia identificación, por lo que no puede concebirse un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad que no salvaguarde aquélla. Las facultades organizativas no deben obstar al mismo, debiendo ponderarse de forma estricta las limitaciones o restricciones impuestas a aquélla en el desarrollo de la relación laboral, precisándose que su necesidad y proporcionalidad sea objeto de prueba específica, en que la ausencia de concepciones de carácter estereotipado, más propias de usos sociales superados y reminiscencias pasadas, atiendan a la realidad social del tiempo en que vivimos y al respeto a la diversidad proclamada por el artículo 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Anexo 1.- Bibliografía citada

Agra Viforcós, Beatriz. "El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo. La propia imagen en sentido positivo". Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 275, febrero 2006.

cuando la videovigilancia es de naturaleza intrusiva.

Arrúe Mendizábal, Marta. “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”. Editorial Aranzadi, 1ª edición septiembre 2019.

López Insúa, B. y Monereo Pérez, J. L. “Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección de datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del TJUE”. La Ley Unión Europea, nº 115, junio de 2023, edit. La Ley.

Llop Cardenal, E. (2022). Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-septiembre 2022. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 73, 1125-1167.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo: “Libertad religiosa y exigencias laborales (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros c. Reino Unido, 15 de enero de 2013). Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 171- 195.

Martínez de Pisón Cavero, J. M. “La identidad de género en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. AFD, 2022 (XXXVIII), pp. 105-136, ISSN: 0518-0872

Monereo Pérez, J. L. “La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a "convicciones religiosas, filosóficas o espirituales": requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta”. Revista de Jurisprudencia laboral, nº 9/2022.

Sala Franco, T. “La jurisprudencia existente acerca de la indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo”. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 2 número 1 (2021).

Anexo 2.- Sentencias analizadas

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13.

STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15.

STJUE de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19.

STJUE de 24 de febrero de 2022, C-175/20.

STJUE de 13 de octubre de 2022, S. C. R. L., C-344/20.

STJUE de 30 de marzo de 2023, recurso C-34/21.

STJUE 4 de mayo de 2023, Österreichische Datenschutz-behorde y CRIF, C-482/21. STJUE de 28 de noviembre de 2023 (C-148/22).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 16 de diciembre de 1992 (asunto Niemietz c. Alemania).

STEDH de 16 de abril de 2009 (asunto Egeland and Hanseid c. Noruega).

STEDH de 28 de mayo de 2009 (asunto Bigaeva c. Grecia).

STEDH de 19 de octubre de 2010 (asunto Özpınar c. Turquía).

STEDH de 12 de marzo de 2012 (Konstantin Markin c. Rusia)

STEDH Gran Sala de 1 de julio de 2014, recurso 43835/2011.

STEDH de 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal).

STEDH de 9 de enero de 2018 y STEDH Gran Sala, de 17 de octubre de 2019 (asunto López Ribalda y otros c. España).

Tribunal Constitucional

STC 38/1981, STC 73/1982, STC 120/1983, STC 19/1985, STC 88/1985; STC 170/1987; STC 137/1988, STC 6/1988; STC 129/1989, STC 126/1990, STC 99/1994, STC 120/1996, STC 186/2000, STC 156/2001, STC 176/2013, STC 19/2014, STC 18/2015, STC 27/2020, STC 67/2022, y STC 79/2023.

Tribunal Supremo

Sala Primera

STS/1^a de 27 de septiembre de 2021 (recurso 199/2020).

Sala Tercera

STS/3^a de 14 de febrero de 2013 (recurso 4118/2011).

Sala Cuarta

STS/4^a de 26 de diciembre de 1990 (número 9976/1990).

STS/4^a de 23 de enero de 2001 (recurso 1851/2000).

STS/4^a de 19 de abril de 2011 (recurso 16/2009).

STS/4^a de 21 de septiembre de 2015 (recurso 259/2014).

STS/4^a de 10 de abril de 2019 (recurso 227/2017).

STS/4^a de 12 de marzo de 2024 (recurso 27/2022).

Audiencia Nacional (Sala Social)

Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2017 (recurso 137/2017).

Tribunales Superiores de Justicia

Sala Social

STSJ Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 1996 (recurso 355171995).

STSJ Catalunya de 8 de enero de 1998 (recurso 6148/1997).

STSJ Catalunya de 3 de diciembre de 1999 (recurso 5414/1999).

STSJ Madrid de 18 de abril de 2001 (recurso 1405/2001)

STSJ Madrid de 7 de mayo de 2002 (recurso 892/2022).

STSJ Catalunya 10 de junio de 2009 (recurso 667/2009).

STSJ Valencia de 9 de mayo de 2012 (recurso 823/2012).

STSJ Madrid de 16 de noviembre de 2012 (recurso 5519/2012).

STSJ Madrid de 17 de marzo de 2015 (recurso 931/2014).

STSJ Madrid de 3 de junio de 2015, recurso 663/2014.

SSTSJ La Rioja de 22 de junio de 2017 (recursos 131/2017, 132/2017 y 133/2017).

STSJ Canarias (Las Palmas) de 29 de junio de 2020 (recurso 63/2020).

STSJ Catalunya 14 de diciembre de 2021 (recurso 3631/2021)

STSJ Galicia de 27 de junio de 2022 (recurso 2871/2002).

STSJ Baleares de 9 de septiembre de 2022 (recurso 390/2002).

STSJ Catalunya de 13 de febrero de 2023 (recurso 4507/2022).

Sala Contencioso-Administrativa

STSJ Catalunya de 7 de enero de 2003 (recurso 155/1998).

STSJ Madrid de 21 de diciembre de 2012 (recurso 430/2009).

La libertad de expresión: la defensa del denunciante desde una perspectiva de género

JULIA LÓPEZ LÓPEZ.

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Senior Research del Gretiss (Grup Consolidat de Recerca 2022-2025, AGAUR).

A las profesoras Agnes Pardell, Consuelo Chacartegui, Nuria Pumar y Tonia Novitz voces de la democracia y de la libertad de expresión de las mujeres en las Universidades Catalanas.

Resumen

El trabajo que aquí se presenta plantea el análisis de la normativa de defensa del denunciante desde una perspectiva de género. Las dificultades técnicas que esta aproximación implica han sido destacadas por la doctrina⁹¹ pero, en mi opinión, la lectura interpretativa de interrelaciones entre derechos fundamentales arroja unos resultados prometedores para la defensa de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Como punto de referencia habría que tener en cuenta que, de acuerdo al principio de subsidiariedad- como principio de distribución de competencias entre instituciones nacionales y supranacionales-, la intervención estas últimas se justifica por la insuficiencia de resultados en el nivel nacional en el logro de la igualdad real entre géneros, entre otros ámbitos, en los niveles inferiores de ordenación. Desde la perspectiva constitucional los derechos fundamentales, con Tomas y Valiente, son consustanciales al Estado de Derecho, la jurisprudencia constitucional ha derivado tres consecuencias claves: la falta de neutralidad o ausencia de indiferencia respecto a los derechos fundamentales, en el sentido de que nada que les afecte es indiferente, segundo su eficacia expansiva que hace que se restrinjan el alcance de las normas limitadoras y por último su vinculatoriedad para el intérprete de la legislación ordinaria⁹². El planteamiento constitucional es determinante en la lectura interpretativa de los mecanismos de protección al demandante desde una óptica actualizada

91 Ver los debates y su genesis en Jacqmain, J. and Wuiame, N. "Transparency, whistle-blowers and gender equality: lost opportunity , second chances?", European equality law journal 2021/1. Ver también para un marco general Bowers QC, J, Fodder, M., Lewis, J., Mitchell, J. Whistleblowing. Law and Practice, Oxford , 2012.

92 Cfr Valiente, T. Escritos sobre y desde el TCo, CEC, 1993, pag. 168.

al contexto actual de un mundo globalizado⁹³ con múltiples niveles de ordenación reguladores.

Los ejes metodológicos en el análisis de la protección de derechos no debe ser solo el contenido esencial de la libertad de expresión sino además los demás derechos fundamentales interrelacionados y en los que el derecho de igualdad y no discriminación es fundamental referencia para una comprensión del modelo constitucional. La metodología de Charles Ragin y otros autores⁹⁴ de interrelacionar instituciones y procesos como marco de referencia y crear una dinámica de resultados diferente que si se analizan de forma separada y no completa.

La oportunidad de esta normativa protectora a los denunciantes y su impacto en género se evidencia cuando se constatan los déficits de la libertad de expresión de las mujeres no solo en la discriminación sino también en las brechas de género presentes en todos países según se puede comprobar en el Global Gender Gap del 2024.

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico integrará y se observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, tal y como se establece en artículo 4 de la LO 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Se trata de eliminar la represión de la libertad de expresión de las mujeres como una vía de eliminar formas de violencia.

1. El principio de subsidiariedad como principio de distribución de competencias entre los diferentes niveles legislativos

El principio de subsidiariedad pone de relieve en la ordenación de la distribución de competencias cómo a través de éste se trata de garantizar desde el nivel superior, comunitario o internacional, que los objetivos impuestos por los derechos se cumplan, así la actuación supranacional completa o subsana los déficits de niveles inferiores⁹⁵. Es importante el subrayar esta aproximación ya que la constatación de intervenciones reguladoras a nivel internacional y comunitario sobre la defensa al denunciante alertan de la

93 Ferrarese, MR. *Inventiva giuridica e spazion nel mondo globale*, editori Laterza, pag. 105.

94 Ver Ragin, CH.C. *Redesigning social inquiry. Fuzzy sets and beyond* (2008), University Chicago Press, Pag. 109. Ragin, Ch. C and Becker, HS (ed), (1992) *what is the case?. Exploring the foundations of social inquiry*, CUP, Pag. 217. Mahoney, J. And Thelen, K. (2010), *Explaining institutional change. Ambiguity, agency and power*, CUP, Pag 31.

95 Ver Iglesias, M. [Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?](#). Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho 79, 2017, pags 191-222. Carozza, P.

insuficiencia de protección a nivel nacional de este derecho.

En el nivel internacional, los derechos humanos han sido definidos como como dignidad frente a la barbarie⁹⁶. La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la Convención de Derechos Humanos de la Unión europea protegen el derecho del denunciante sobre la base del derecho de libertad de expresión. Se trata de lograr respecto de los derechos humanos lo que se ha hecho a nivel nacional con los derechos fundamentales en el plano laboral esto es, posibilitar a los débiles las armas del derecho contra quien los explota dentro de una dialéctica de modelos democráticos en el que el régimen constitucional y la democracia política son ingredientes irrenunciables y en la que los derechos humanos son una categoría previa, legitimadora e informadora de los derechos fundamentales⁹⁷.

En Convenio Europeo de Derechos Humanos es una pieza clave en el desarrollo del derecho de libertad de expresión y de protección del denunciante. Así en su art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos declara: “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El ejercicio de estas libertades, que entraña deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

La aplicación del art. 10 citado por el TDH es muy relevante porque interpreta la protección del denunciante sobre la base de su derecho de libertad de expresión. Así en Sentencia de 14 de febrero de 2023 dictada en el asunto Halet v. Luxemburgo, reiteró que la protección de que gozan los denunciantes de irregularidades, en virtud del artículo 10 del Convenio, se basa en la necesidad de tener en cuenta las características propias de la existencia de una relación laboral: por un lado, el deber de lealtad, reserva y discreción inherentes a la relación de subordinación que conlleva y, en su caso, la obligación de cumplir con un deber legal de secreto; por otro lado, la posición de vulnerabilidad económica frente a la

96 Carrillo Salcedo, JA., Dignidad frente a barbarie, la Declaración universal de Derechos Humanos, cincuenta años después, mínima Trotta, 1999.

97 Prieto Sanchis, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales, edit Trotta 2003. El régimen constitucional y la democracia política son ingredientes irrenunciables de nuestra forma de concebir la organización política, pag. 137.

persona, institución pública o empresa de la que dependían laboralmente y el riesgo de sufrir represalias por su parte. El Tribunal señaló que el concepto de denunciante no tiene una definición jurídica inequívoca. Este caso, Halet contra Luxemburgo de 14 de febrero de 2023, se refería a la divulgación por el demandante, mientras trabajaba para una empresa privada, de documentos confidenciales protegidos por el secreto profesional. A raíz de una denuncia de su empleador, y al término del procedimiento penal seguido contra él, el Tribunal le condenó al pago de una multa penal, y al pago de una cantidad simbólica en concepto de indemnización por el perjuicio moral sufrido por su empleador. El demandante alegó que su condena penal había supuesto una injerencia desproporcionada en su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio por que el interés público en la divulgación de dicha información prevalecía sobre todos los efectos perjudiciales derivados de la misma. Así, tras ponderar todos los intereses en juego y tener en cuenta la naturaleza, la gravedad y el efecto amedrentador de la condena penal del demandante, el Tribunal concluyó que la injerencia en su derecho a la libertad de expresión, en particular en su libertad de difundir información, no había sido necesaria en una sociedad democrática. El TDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la protección que el art. 10 del Convenio reconoce al denunciante y cuáles son sus límites⁹⁸. Se trata de lograr respecto de los derechos humanos

98 Entre otras sentencias, en la sentencia Marchenko contra Ucrania 19 de febrero de 2009 un profesor y responsable de un sindicato en la escuela donde trabajaba, fue condenado a una multa por haber acusado pública infundadamente al director de la escuela de malversación de fondos públicos. El Tribunal recordó en primer lugar que la señalización por parte de un empleado del sector público de una conducta ilegal o de una irregularidad en el lugar de trabajo debía ser protegida. En el caso del demandante, observó en primer lugar que, a pesar de ser un representante sindical que actuaba en un asunto de interés público, tenía el deber de respetar la reputación de los demás, incluida su presunción de inocencia, y debía lealtad y discreción a su empleador. El Tribunal observó además que el demandante debería haber formulado sus alegaciones en primer lugar al superior del director, o a otra autoridad competente, antes de revelarlas al público. El Tribunal señaló además que, no había intentado utilizar los medios legales disponibles para impugnar lo que consideraba una investigación ineficaz, sino que en su lugar, había acusado duramente al director durante un piquete público. Por lo tanto, el Tribunal consideró que la condena del demandante por difamación estaba justificada porque sus acusaciones habían carecido de pruebas suficientes, podían razonablemente haberse considerado difamatorias y habían menoscabado el derecho del director a la presunción de inocencia hasta que se demostrara lo contrario. No obstante, habida cuenta de que los tribunales nacionales habían condenado al demandante a un año de prisión por ser una medida excesiva. En la Sentencia Kudeshkina contra Rusia de 26 de febrero de 2009 la demandante, jueza durante más de 18 años, en el momento relevante, ocupaba un cargo en el Tribunal de la ciudad de Moscú. Alegó que había sido despedida de la judicatura en 2004 porque había acusado públicamente a altos funcionarios judiciales y de la fiscalía de presionarla en relación con un caso penal de alto perfil. El Tribunal consideró que había planteado una cuestión de interés público que debía estar abierta al libre debate en una sociedad democrática. Incluso si se había permitido un cierto grado de exageración y generalización. El Tribunal señaló que la sanción impuesta, la destitución de la demandante, había podido tener un efecto amedrentador sobre los jueces que deseaban participar en el debate público sobre la eficacia de las instituciones judiciales. Por consiguiente, el Tribunal consideró que dicha sanción había sido desproporcionadamente severa, en violación del artículo 10 del Convenio. El Tribunal aplicando la doctrina de la sentencia Guja c. Moldavia de 12 de febrero de 2008 con el fin de evaluar si una persona que revela información confidencial obtenida en el marco de una relación laboral puede acogerse a la protección del artículo 10 del Convenio y, en caso afirmativo, en qué medida fijo el marco de referencia para tener derecho a la protección de la libertad de expresión y que son: los canales utilizados para realizar la divulgación; la autenticidad de la información divulgada; buena fe; el interés público

de la información divulgada; el perjuicio causado y la gravedad de la sanción. La sentencia Balenović c. Croacia 30 de septiembre de 2010 se refería al despido de la demandante de su puesto de trabajo en la compañía petrolera nacional a causa de unas declaraciones en la prensa en las que había criticado la política empresarial de la compañía, había revelado cierta información privilegiada y había acusado de fraude a miembros de la dirección de la compañía. El Tribunal declaró inadmisibles las quejas de la demandante en virtud del artículo 10 del Convenio, por ser manifiestamente infundadas, que no garantiza una libertad de expresión totalmente ilimitada y que el ejercicio de esta libertad conllevaba deberes y responsabilidades. Por lo tanto, quien ejerce esa libertad tiene que tener en cuenta el alcance depende de su situación, de los medios (técnicos) que utilice y de la autenticidad de la información divulgada al público.

En la sentencia Bathellier contra Francia de 12 de octubre de 2010 el asunto se refería al despido del demandante, empleado de EDF-GDF, tras haber escrito al Prefecto denunciando el estado de deterioro de las redes eléctricas y los riesgos para la seguridad pública. El Tribunal declaró inadmisibles las quejas del demandante en virtud del artículo 10 del Convenio, por ser manifiestamente infundadas, al considerar que el demandante había sobrepasado el límite permisible de su libertad de expresión, en particular al exagerar sus declaraciones y expresar consideraciones personales al Prefecto.

En la Sentencia Heinisch contra Alemania de 21 de julio de 2011. Este caso se refería al despido de una enfermera geriátrica tras haber presentado una denuncia penal contra su empleador alegando deficiencias en los cuidados prestados. La demandante denunció que su despido y la negativa de los tribunales a ordenar su reincorporación habían violado su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal declaró que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio, al considerar que el despido sin preaviso del demandante había sido desproporcionado y que los tribunales nacionales no habían logrado un justo equilibrio entre la necesidad de proteger la reputación del empleador y la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión del demandante. El Tribunal señaló en particular que, dada la especial vulnerabilidad de los pacientes de edad avanzada y la necesidad de prevenir los abusos, la información divulgada había sido innegablemente de interés público. Además, el interés público en ser informado sobre las deficiencias en la prestación de atención institucional a los ancianos por una empresa estatal era tan importante que superaba el interés en proteger la reputación y los intereses comerciales de una empresa. Por último, la sanción impuesta a la demandante no sólo había tenido repercusiones negativas en su carrera, sino que también podía tener un grave efecto disuasorio tanto en otros empleados de la empresa como en los empleados del servicio de enfermería en general, desalentando así la denuncia en un ámbito en el que los pacientes a menudo no son capaces de defender sus propios derechos y en el que los miembros del personal de enfermería serían los primeros en darse cuenta de las deficiencias en la prestación de cuidados.

En la sentencia Bargão y Domingos Correia contra Portugal 15 de noviembre de 2012, el caso se refería a la condena de los demandantes por difamación agravada respecto a un auxiliar administrativo de un centro de salud, al que habían acusado, en una carta enviada al Ministerio de Sanidad, de incumplir su horario de trabajo y de aprovecharse de la vulnerabilidad de los usuarios. Los demandantes alegaron que su condena había interferido en su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio, al estimar que la condena de los demandantes por difamación agravada y el pago de daños y perjuicios habían supuesto una injerencia que no había sido necesaria en una sociedad democrática para proteger la reputación y los derechos de los demás. El Tribunal añadió además que las denuncias realizadas por los demandantes no se habían hecho públicamente ni ante un órgano policial, sino en una simple carta dirigida al Ministerio de Sanidad, órgano responsable de la supervisión de los centros sanitarios públicos en Portugal. Además, las cuestiones planteadas al Ministerio habían sido legítimas y de interés público, a saber, la calidad del funcionamiento de un centro sanitario público y la violación de la ley por un funcionario en el ejercicio de sus funciones. Además, los demandantes habían actuado como ciudadanos de la localidad donde se encontraba el centro en cuestión.

En la sentencia Bucur y Toma contra Rumanía de 8 de enero de 2013 el demandante, que trabajaba para el Servicio Rumano de Inteligencia, había sido condenado por divulgar información clasificada de alto secreto. En una rueda de prensa había divulgado grabaciones de las llamadas telefónicas de varios periodistas y políticos, junto con elementos incriminatorios que había anotado en el registro de conversaciones. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio con respecto al primer demandante, al estimar que la injerencia en su libertad de expresión, y en particular en su derecho a difundir información. El Tribunal observó en particular que no existía ningún procedimiento oficial y que lo único que podía hacer era informar a sus superiores de sus preocupaciones. El Tribunal también consideró que el demandante había tenido motivos razonables para creer que la información que divulgó era cierta. En cuanto al perjuicio causado al SIF, el Tribunal consideró que el interés general en que se divulgara información que

revelara actividades ilegales en el seno de la institución era tan importante en una sociedad democrática que prevalecía sobre el interés en mantener la confianza del público en dicha institución. Por último, no había ninguna razón para creer que el demandante estuviera movido por otro motivo que no fuera el deseo de hacer que una institución pública se atuviera a las leyes de Rumanía y, en particular, a la Constitución. A ello contribuye el hecho de que no haya optado por dirigirse directamente a la prensa, con el fin de llegar a un público lo más amplio posible, sino que se haya dirigido en primer lugar a un miembro de la comisión parlamentaria encargada de supervisar.

En la Sentencia Langner contra Alemania 17 de septiembre de 2015 este caso se refería al despido del demandante de su puesto de trabajo en una oficina municipal de vivienda tras acusar al teniente de alcalde de perversión de la justicia; tanto oralmente en una reunión de personal como en comentarios escritos posteriores al superior jerárquico del demandante. La acusación se había formulado en relación con una orden de demolición que el teniente de alcalde había dictado dos años antes. El Tribunal consideró que el caso del demandante no era un caso de denuncia de irregularidades que justificara una protección especial en virtud del artículo 10 del Convenio. El Tribunal Federal de Trabajo había considerado que la declaración del demandante no tenía por objeto descubrir una situación inaceptable en la Oficina de la Vivienda, sino que estaba motivada por sus recelos personales hacia el teniente de alcalde ante la inminente disolución de la subdivisión del demandante. En el presente caso, el Tribunal consideró que no se había violado el artículo 10 del Convenio. También en la Sentencia Catalán c. Rumanía, sentencia (Sala) de 9 de enero de 2018, relativa al despido de un funcionario, que trabajaba para el Consejo Nacional para el Estudio de los Archivos de la Securitate, por divulgar información para la publicación de un artículo en el que se afirmaba que un líder religioso había colaborado con la Securitate (la antigua policía política del régimen comunista): en este caso, habida cuenta de los deberes y responsabilidades de los funcionarios, el Tribunal, tras ponderar los distintos intereses en juego, consideró que la injerencia en la libertad de expresión del demandante había sido necesaria en una sociedad democrática y que, por tanto, no se había producido violación alguna del artículo 10 del Convenio.

En la Sentencia Aurelian Oprea contra Rumanía 19 de enero de 2016, este asunto se refería a un procedimiento incoado contra el demandante, profesor asociado de la Universidad de Ciencias Agronómicas y Veterinarias por haber difamado al vicerrector de dicha universidad en una conferencia de prensa. En particular, le había criticado concretamente por haber fomentado un libro plagiado, por su gestión de un programa de investigación científica financiado con fondos públicos y por haber acumulado demasiados cargos directivos. El demandante alegó que se había vulnerado su libertad de expresar su preocupación por el nivel de la enseñanza en las universidades rumanas. El Tribunal no consideró el presente asunto como un caso de denuncia de irregularidades. Sin embargo, apreció que las razones del demandante, expuestas por él mismo, para las declaraciones impugnadas eran relevantes para la valoración de la proporcionalidad de la injerencia en el ejercicio de su libertad de expresión. Teniendo en cuenta la importancia del derecho a la libertad de expresión en asuntos de interés general y habiendo sopesado los otros diferentes intereses implicados en el presente caso, el Tribunal llegó a la conclusión de que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante no había sido necesaria en una sociedad democrática y sostuvo que, por lo tanto, se había producido una violación del artículo 10 del Convenio.

En la Sentencia Rubins c. Letonia, sentencia (Sala) de 13 de enero de 2015, relativa a la denuncia del demandante de que había sido despedido de su puesto de Jefe de Departamento en la Universidad de Riga por criticar a la dirección de la Universidad: en este caso, el Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio, al estimar que las razones invocadas por los tribunales nacionales, aunque pertinentes, no habían sido suficientes para demostrar que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante había sido proporcionada.

En la Sentencia Görmüs y otros contra Turquía de 19 de enero de 2016. En abril de 2007, el semanario Nokta publicó un artículo basado en documentos clasificados como confidenciales por el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas. Los demandantes - respectivamente, en el momento pertinente, el director editorial y los redactores jefe del semanario, así como periodistas de investigación que trabajaban para la publicación - se quejaron de que las medidas adoptadas por las autoridades pertinentes, en particular el registro de sus locales profesionales y la incautación de sus documentos, habían tenido por objeto identificar sus fuentes de información y vulnerado su derecho a la libertad de expresión, especialmente su derecho a recibir o difundir información como periodistas. El Tribunal consideró que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio, teniendo especialmente en cuenta la importancia de la libertad de expresión en relación con asuntos de interés público y la necesidad de proteger a las fuentes periodísticas en este ámbito, incluso cuando estas fuentes eran funcionarios del Estado que habían observado y denunciado conductas o prácticas

lo que se ha hecho a nivel nacional con los derechos fundamentales en el plano laboral esto

potencialmente cuestionables en sus lugares de trabajo, el Tribunal, tras sopesar los diversos intereses en juego y, en particular, la confidencialidad de los asuntos militares, consideró que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión de los demandantes, especialmente en su derecho a difundir información, no respondía a una necesidad social apremiante, no había sido proporcionada al objetivo legítimo perseguido y, en consecuencia, no había sido necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal observó, en particular, que la intervención impugnada no sólo podía tener repercusiones muy negativas en las relaciones de los demandantes con todas sus fuentes, sino que también podía tener un grave efecto amedrentador respecto de otros periodistas u otros denunciadores empleados por el Estado, y podía disuadirles de denunciar cualquier conducta indebida o acto controvertido de las autoridades públicas.

En la Sentencia Soares contra Portugal de 21 de junio de 2016 como cabo primero de la Guardia Nacional Republicana, el demandante había enviado un correo electrónico a la Inspección General de Administración Interna alegando que un Comandante de un puesto territorial había estado haciendo un uso indebido de dinero público. Afirmó que su intención había sido provocar una investigación sobre las alegaciones, que admitió que se basaban en un rumor. El demandante se quejó de su condena por difamación agravada, sosteniendo que había actuado de buena fe al revelar la sospecha de un supuesto uso indebido de dinero público en el seno de la Guardia Nacional Republicana. El Tribunal, observando en particular que el caso de la demandante debía distinguirse de los casos de denuncia de irregularidades, una acción que justifica una protección especial en virtud del artículo 10 del Convenio, sostuvo que no había habido violación del artículo 10 del Convenio en el presente caso. Consideró que las razones aducidas por los tribunales nacionales en apoyo de sus decisiones habían sido pertinentes y suficientes y que la injerencia en el derecho de la demandante a la libertad de expresión no había sido desproporcionada en relación con el objetivo legítimo perseguido, a saber, la protección de la reputación de terceros.

En la Sentencia Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros contra Bosnia y Herzegovina 27 de junio de 2017 el caso se refería a una declaración de difamación en un procedimiento civil contra cuatro organizaciones tras la publicación de una carta que habían escrito a las autoridades de su distrito quejándose de la candidatura de una persona al puesto de director de la emisora de radio y televisión multiétnica. Basándose en su derecho a la libertad de expresión, los demandantes se quejaron de la condena al pago de daños y perjuicios que se les había impuesto en el marco de un procedimiento civil por difamación. En ausencia de cualquier cuestión de lealtad, reserva y discreción, el Tribunal consideró que no había necesidad de investigar el tipo de cuestión que había sido central en su jurisprudencia sobre la denuncia de irregularidades, a saber, si existían canales alternativos u otros medios eficaces para que los demandantes pusieran remedio a la supuesta irregularidad (como la revelación al superior de la persona o a otra autoridad u organismo competente) que los demandantes pretendían descubrir. El Tribunal consideró que no se había violado el artículo 10 del Convenio en el caso de los demandantes, ya que estaba convencido de que la injerencia impugnada se había apoyado en razones pertinentes y suficientes y había sido proporcionada al objetivo legítimo perseguido.

En Herbai contra Hungría 5 de noviembre de 2019, el demandante trabajaba en el departamento de recursos humanos de un banco y también colaboraba en un sitio web que publicaba artículos generales sobre la práctica de los recursos humanos. El caso se refería a su despido de su puesto de trabajo por considerar que sus artículos en el sitio web habían infringido las normas de confidencialidad del banco y vulnerado sus intereses financieros. En ausencia de cualquier irregularidad que el demandante pudiera haber intentado descubrir, el Tribunal no consideró necesario indagar en el tipo de cuestiones que habían sido centrales en su jurisprudencia sobre la denuncia de irregularidades, pero consideró que los siguientes elementos eran relevantes a la hora de examinar el alcance permisible de la restricción de la libertad de expresión en la relación laboral en el presente caso: la naturaleza de la expresión en cuestión, los motivos del autor, el daño, si lo hubo, causado por la expresión al empleador, y la severidad de la sanción impuesta. Sostuvo que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio con respecto al demandante, al considerar que los tribunales nacionales no habían llevado a cabo un ejercicio adecuado para equilibrar el derecho del demandante a la libertad de expresión con el derecho del banco a proteger sus intereses comerciales legítimos. En particular, el Tribunal discrepó con las conclusiones de los tribunales nacionales según las cuales los artículos sobre temas que interesaban a un público profesional no podían beneficiarse de la protección de la libertad de expresión simplemente porque no formaban parte de un debate de interés público general.

En el caso Gawlik contra Liechtenstein de 16 de febrero de 2021. Este caso se refería a un médico que levantó sospechas de que en su hospital se estaba practicando la eutanasia. Al hacerlo, se salió de la estructura de quejas del hospital y presentó una denuncia penal. El asunto atrajo la atención de los medios de comunicación. El demandante alegó que su despido sin previo aviso de supuesto por presentar una denuncia penal había vulnerado sus derechos. El Tribunal subrayó en particular que la información revelada por los

es posibilitar a los débiles las armas del derecho contra quien los explota⁹⁹, los derechos humanos son en este sentido una categoría previa, legitimadora e informadora de los derechos fundamentales¹⁰⁰.

Respecto a la normativa comunitaria, en 2019 a través de una Directiva comunitaria 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión¹⁰¹ se fijan las bases a nivel de la Unión Europea desarrollando los principios y formalización de la protección del derecho de protección del denunciante. La motivación de esta normativa, de aplicación directa por tratarse de una norma que establece no solo los principios sino el procedimiento se puede resumir: en primer lugar: “las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad. Sin embargo, los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias”, en segundo lugar, “las infracciones del Derecho de la Unión, con independencia de si el Derecho nacional las clasifica como administrativas, penales o de otro tipo, pueden provocar graves perjuicios al interés público, en el sentido de

denunciantes también podría estar cubierta por el artículo 10 del Convenio en determinadas circunstancias en las que la información en cuestión se demostrara posteriormente errónea o no pudiera demostrarse correcta. En particular, no podía esperarse razonablemente de una persona que hubiera presentado una denuncia penal de buena fe que previera si las investigaciones darían lugar a una acusación o se archivarían. Sin embargo, en esas circunstancias, la persona en cuestión debía haber cumplido con el deber de verificar, en la medida en que las circunstancias lo permitieran, que la información era exacta y fiable. El Tribunal consideró que no había habido violación del artículo 10 del Convenio, al estimar que la injerencia en sus derechos había sido proporcionada. Si bien observó que no había actuado con motivos impropios, el Tribunal consideró, no obstante, que el demandante había sido negligente al no verificar la información. Por lo tanto, consideró que el despido del demandante había estado justificado, especialmente teniendo en cuenta el efecto sobre la reputación del hospital y de otro miembro del personal.

En la Sentencia Wojczuk contra Polonia de 9 de diciembre de 2021 un historiador del arte, que había sido empleado del Museo de la Caza y la Equitación entre 1997 y 2008, por difamación contra el museo por cuatro cartas anónimas supuestamente enviadas por él que fueron por difamación contra el museo por cuatro cartas anónimas supuestamente enviadas por él que fueron crítico con la gestión del museo. Se quejó de que su condena penal había sido desproporcionada e injustificada. El Tribunal no consideró que las cartas en cuestión pudieran constituir una denuncia de irregularidades. Consideró que no se había violado el artículo 10 del Convenio con respecto a la demandante, al estimar que los tribunales nacionales habían aducido razones suficientes y pertinentes para justificar la injerencia en la libertad de expresión de la demandante.

99 Supiot, A. Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Siglo veintiuno editores, pag. 293.

100 Pérez Luño, A. Los derechos fundamentales, temas clave de la constitución española, Tecnos, pag.

51. Ver también Sciarra, S. Solenm Hearing 2023 Recourse to and Discourse on the European Convention: an Asset for democracies, Strasbourg, 27 de January 2023, European Court of Human Rights.

101 DOUE de 26 de noviembre del 2019, L 305/17.

que crean riesgos importantes para el bienestar de la sociedad”. La intervención comunitaria se centra en la protección de la libertad de expresión garantizando no solo la defensa del denunciante sino también la aplicación y el cumplimiento de la normativa europea.

El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación. Un punto importante a destacar es el fundamento de la Directiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de expresión y en los principios desarrollados por el Consejo de Europa en su Recomendación sobre protección de los denunciantes adoptada por su Comité de ministros el 30 de abril de 2014.

La protección del denunciante en la Directiva se aborda desde la idea de que los denunciantes deben tener motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que denuncian son ciertos. La protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe. Los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección. Se trata de proteger la revelación pública de información, teniendo en cuenta principios democráticos tales como la transparencia y la rendición de cuentas, y derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, protegiendo un equilibrio entre el interés de los empresarios en la gestión de sus organizaciones y la defensa de sus intereses, por un lado, y el interés de los ciudadanos en que se los proteja contra todo perjuicio.

La Directiva, relativa a la protección de las personas que informen sobre las infracciones de derecho de la unión europea, incluye dentro de las materias que pueden ser denunciadas por infracciones: la contratación pública, los servicios, productos y mercados financieros; prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; la seguridad de los productos y conformidad; la seguridad del transporte por carretera, en aguas interiores y en los sectores ferroviario y marítimo; la protección del medio ambiente, desde la gestión de residuos a los productos químicos; la protección frente a las radiaciones y seguridad nuclear; la seguridad de los alimentos y los piensos, sanidad animal y bienestar de los animales; salud pública, incluidos los derechos de los pacientes y los controles sobre el tabaco; protección de los consumidores; la protección de la privacidad y de los datos personales, y seguridad de las redes y los sistemas de información; las infracciones que

afecten a los intereses financieros de la UE; infracciones relativas al mercado interior, incluidas las infracciones de las normas de la UE en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones de las normas del impuesto sobre sociedades.

Se incluye dentro del ámbito subjetivo, una gran variedad de personas que trabajen en el sector público y privado, incluidas aquellas que denuncien una vez la relación laboral haya finalizado. La aplicación y desarrollo de los países miembros de esta directiva ha sido desigual.¹⁰²

2. Interacciones entre la normativa nacional de protección al denunciante y las normas sobre igualdad efectiva

La Ley 2/2023, de 20 de febrero reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción¹⁰³ ha desarrollado las normas comunitarias antes analizadas en esta materia para “otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre alguna de las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 2, a través de los procedimientos previstos en la misma (art. 1.1 de la Ley). Es muy importante destacar que la Ley tiene como objetivo “el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones y el fomento de la cultura de la información o comunicación como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público”, tal y como se prevé en el art. 1.2 de la norma.

Es muy relevante las conexiones que esta norma presenta con la LO 3/2007, de 22 de marzo¹⁰⁴ de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La visibilidad de las conductas que violan normas comunitarias, entre ellas las que afectan a igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, abre un nuevo escenario de protección a las mujeres no solo como denunciantes sino también en la repercusión de estos nuevos cauces de lucha contra la desigualdad material.

La Ley define de manera amplia el ámbito material, entran dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea enumerados en el anexo de la Directiva (UE) 2019/1937,

102 Subsidiarity: mechanisms for monitoring compliance European Parliamentary Research service, author Laura Tilyndite. Brussels, 3.7.2024, COM(2024) 269 final Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation and application of Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union.

103 BOE 44, de 21 de febrero del 2023.

104 BOE 71, de 23 de marzo del 2007.

con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno¹⁰⁵. Entre ellas Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social. La protección prevista en esta ley para las personas trabajadoras que informen sobre infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, se entiende sin perjuicio de la establecida en su normativa específica.

La materia de contratación pública, así como la de seguridad social son de máximo interés desde el abordaje del derecho del trabajo y las relaciones de empleo.

Junto con el ámbito material de aplicación de la Ley se desarrolla a quien protege esta norma, esto es quien es denunciante a efectos de sujeto tutelado. Están incluidos los empleados públicos, trabajadores por cuenta ajena, autónomos, accionistas, trabajadores de contratas y proveedores, becarios, representantes, los que les presten apoyo, se incluyen a los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional, comprendiendo en todo caso: las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; la Ley prevé que se aplique a los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral o estatutaria ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual. El concepto de sujeto protegido es muy amplio y está orientado a cumplir los objetivos que se plantea la norma.

En esta misma línea se aplicarán las medidas de protección a los representantes legales en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante, a personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso, a las personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante, y personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa.

105 Qué afecten a los intereses financieros de la Unión Europea tal y como se contemplan en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); o incidan en el mercado interior, tal y como se contempla en el artículo 26, apartado 2 del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados.

La Ley articula un procedimiento o cauce, en sus arts. 4 y 5, estableciendo los cauces internos como preferentes, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia. Están obligados, de acuerdo con lo previsto en el art. 10 de la norma del sector privado a tener estos mecanismos internos de denuncia, las personas físicas o jurídicas del sector privado que tengan contratados cincuenta o más trabajadores; las personas jurídicas del sector privado que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio incluyendo las personas jurídicas que, pese a no tener su domicilio en territorio nacional, desarrollen en España actividades a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos.

Dentro del sector público, el art. 13 de la norma establece que están obligados, todas las entidades que integran el sector público estarán obligadas a disponer de un Sistema interno de información en los términos previstos en esta ley. Esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y las entidades que integran la Administración Local, los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos, las autoridades administrativas independientes, el Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las corporaciones de Derecho público, las fundaciones del sector público¹⁰⁶.

Además del canal interno previsto la Ley, en su artículo 16, establece una vía de comunicación a través del canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, o a través de las autoridades u órganos autonómicos. En este sentido se fija que “toda persona física podrá informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes, de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley, ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno”.

106 A efectos de esta ley, se entenderá por fundaciones del sector público aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d) y g) del presente apartado sea superior al cincuenta por ciento, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, los órganos constitucionales, los de relevancia constitucional e instituciones autonómicas análogas a los anteriores.

La libertad de expresión y los derechos de información son la base de toda la protección al denunciante en la norma que aquí se analiza y en esta línea el artículo 27-28 de la Ley define que se entiende por revelación pública, “se entenderá por revelación pública la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previstos en esta ley” para a continuación prever que las personas que hagan una revelación pública de las acciones u omisiones previstas en el artículo 2 les será aplicable el régimen de protección establecida cuando tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona; o bien, en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción.

No se exigirá lo previsto anteriormente cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo. La norma prevé además una clara política de protección de datos, arts. 29 y 30 de la Ley que remite al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, y en el presente título. Se considerarán lícitos los tratamientos de datos personales necesarios para la aplicación de esta ley y no se recopilarán datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una información específica o, si se recopilan por accidente, se eliminarán sin dilación indebida.

Un tema importante en la ordenación de la protección del denunciante y que tiene una gran relevancia en el análisis transversal de la norma es la previsión del art. 33 de preservación de la identidad del informante y de las personas afectadas. Quien presente una comunicación o lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas. La norma es firme al prever que los sistemas internos de información, los canales externos y quienes reciban revelaciones públicas no obtendrán datos que permitan la identificación del informante y deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de

los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado. Solo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora.

Un interesante planteamiento de la norma es que prohíbe las represalias hacia el denunciante “Se prohíben expresamente los actos constitutivos de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación conforme a lo previsto en esta ley” y a continuación se definen “se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública “ y se enuncian a título ilustrativo¹⁰⁷.

La protección al denunciante se cierra con dos tipos de mecanismos la medidas de apoyo al denunciante previstas en el art. 37 de la Ley y la protección frente a represalias , Artículo 38, a los representantes de los trabajadores así se considera que “no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley “ se extiende a lo previsto en el la comunicación de informaciones realizadas

107 Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. Los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones, así como los que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de aquellas al amparo de esta ley, serán nulos de pleno derecho y darán lugar, en su caso, a medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado. Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo, Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional, d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios, denegación o anulación de una licencia o permiso, Denegación de formación, discriminación, o trato desfavorable o injusto. 4. La persona que viera lesionados sus derechos por causa de su comunicación o revelación una vez transcurrido el plazo de dos años, podrá solicitar la protección de la autoridad competente que, excepcionalmente y de forma justificada, podrá extender el período de protección, previa audiencia de las personas u órganos que pudieran verse afectados. La denegación de la extensión del período de protección deberá estar motivada.

por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada. Todo ello sin perjuicio de las normas específicas de protección aplicables conforme a la normativa laboral”. Solo incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, si es un delito. Opera también como mecanismo protector del denunciante que la norma establece que una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública.

Se califican como nulos los actos administrativos que tengan por objeto impedir o dificultar la presentación de comunicaciones y revelaciones, así como los que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de aquellas al amparo de esta ley y darán lugar, en su caso, a medidas correctoras disciplinarias o de responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado.

El procedimiento se basa en la presunción de inocencia de las personas afectadas, con derecho de defensa y acceso al expediente, así como en preservar. Las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes garantizando la protección de su identidad y la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento tal y como se prevé en el art. 39 de la norma.

La ley también prevé con diferente plazo la prescripción de las infracciones muy graves, que será de tres años, las graves que será de dos años y las leves que será de seis meses. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume.

Las sanciones previstas en la norma y que se tipifican de acuerdo con la gravedad de las infracciones, art. 65 de la norma, con multas que van desde 1.001 hasta 1.000.000. Junto a las multas se abre la posibilidad en el caso de infracciones muy graves, que¹⁰⁸ la Autoridad

108 Artículo 65. Sanciones. 1. La comisión de infracciones previstas en esta ley llevará aparejada la imposición de las siguientes multas: a) Si son personas físicas las responsables de las infracciones, serán multadas con una cuantía de 1.001 hasta 10.000 euros por la comisión de infracciones leves; de 10.001 hasta 30.000 euros por la comisión de infracciones graves y de 30.001 hasta 300.000 euros por la comisión de infracciones muy graves. b) Si son personas jurídicas serán multadas con una cuantía hasta 100.000 euros en

Independiente de Protección del Informante pueda acordar la amonestación pública, a prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales durante un plazo máximo de cuatro años, la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Las sanciones por infracciones muy graves de cuantía igual o superior a 600.001 euros impuestas a entidades jurídicas podrán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», tras la firmeza de la resolución en vía administrativa. La publicación deberá contener, al menos, información sobre el tipo y naturaleza de la infracción y, en su caso, la identidad de las personas responsables de las mismas de acuerdo con la normativa en materia de protección de datos. La ley abre la posibilidad cuando las sanciones por infracciones muy graves de cuantía igual o superior a 600.001 euros impuestas a entidades jurídicas podrán ser publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», tras la firmeza de la resolución en vía administrativa. La publicación deberá contener, al menos, información sobre el tipo y naturaleza de la infracción y, en su caso, la identidad de las personas responsables de las mismas de acuerdo con la normativa en materia de protección de datos.

Las faltas y sanciones previstas en la norma se estructuran respetando el principio de tipicidad y correspondencia, el art. 66 de la Ley, prevé que en la graduación se tendrán en cuenta los siguientes criterios la reincidencia, siempre que no hubiera sido tenido en cuenta en los supuestos del artículo 63.1.e) y 2.e), la entidad y persistencia temporal del daño o perjuicio causado, la intencionalidad y culpabilidad del autor, el resultado económico del ejercicio anterior del infractor, la circunstancia de haber procedido a la subsanación del incumplimiento que dio lugar a la infracción por propia iniciativa, la reparación de los daños o perjuicios causados, la colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante u otras autoridades administrativas. Para la graduación de las infracciones tipificadas en esta ley se graduarán teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y las circunstancias concurrentes en cada caso.

3. Recapitulando el análisis transversal

El análisis transversal obligado por las normas de igualdad y no discriminación sigue siendo imprescindible no solo por las discriminaciones sino también por las brechas diferenciales dentro de una cultura de prevención y de información. Como se ha repetido la conexión

caso de infracciones leves, entre 100.001 y 600.000 euros en caso de infracciones graves y entre 600.001 y 1.000.000 de euros en caso de infracciones muy graves.

de esta materia con los modelos democráticos obliga a un análisis transversal eficaz. El Global Gender Gap 2024 teniendo en cuenta los datos actuales llevara 134 años llegar a la eliminación de las brechas por género, cinco generaciones lograr la igualdad material, ningún país presenta una igualdad material, el 97% de las economías tienen más del 60% de gap comparado con el 85% en 2006. Iceland (93.5%) es el que presenta mejores resultados, Finland (2nd, 87.5%), Norway, (3rd, 87.5%), Sweden (5th, 81.6%), Germany (7th, 81%), Ireland (9th, 80.2%) and Spain (10th, 79.7%). Belgium (12th, 79.3%).

La figura de protección al denunciante analizada desde la transversalidad exige la toma de consideración de todo el derecho originario y derivado que pueda estar siendo incumplido de acuerdo con la Ley de protección al denunciante. Respecto al derecho originario el cuadro se forma teniendo presente que el derecho de igualdad es uno de los principios fundacionales de la Unión Europea, consagrado en sus Tratados, concretamente en los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), en los en los artículos 8, 10, 19, 153 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos fundamentales. El artículo 153 del TFUE permite a la Unión actuar en el ámbito más amplio de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo, y, dentro de este marco, el artículo 157 del TFUE autoriza la acción positiva para empoderar a las mujeres. Además, en el artículo 19 del TFUE se prevé la adopción de legislación para luchar contra todas las formas de discriminación, también por motivos de sexo junto con los arts. 79, 82 y 83 TFUE.

El derecho derivado ha desarrollado este derecho de igualdad de igualdad y no discriminación que forman un conjunto que ha de ser respetado y entra dentro del ámbito material de protección de lo previsto en la norma comunitaria de garantías del denunciante¹⁰⁹, por otra parte la jurisprudencia comunitaria ha tenido un papel muy

109 Directiva 79/7 de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Directiva 92/85 de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Directiva 97/81 de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Directiva 2000/43 de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico en una amplia gama de ámbitos, como el empleo, la protección social y las ventajas sociales, la educación y los bienes y servicios disponibles para el público, incluida la vivienda. Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Directiva 2004/113 de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Directiva 2006/54 de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Directiva 2010/18 de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, y se deroga la Directiva 96/34/CE. Directiva 2010/41 de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. Directiva 2011/36 de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las

relevante en la construcción del principio de igualdad y no discriminación y ha obligado con sus sentencias a una adaptación de las normas nacionales a las normas comunitarias.¹¹⁰

víctimas. Directiva 2011/99 de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. Directiva 2012/29 de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Directiva 2019/1158 de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Directiva 2022/2381 de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas. Directiva 2023/970 de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Con numerosa jurisprudencia en el TJUE.

110 STJE de 8 de abril de 1976, Defrenne el TJUE reconoció el efecto directo del principio de la igualdad de retribución para hombres y mujeres y declaró que es aplicable no solo a la actuación de las autoridades públicas, sino también a todos los convenios de carácter colectivo para regular el trabajo por cuenta ajena. STJE de 13 de mayo de 1986, Bilka, C- 170/84. Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka, C-170/84 el TJUE consideró que una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una «discriminación indirecta» y era, por tanto, contraria al antiguo artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea si afectaba a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que pudiese demostrarse que la exclusión se basaba en factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. STJUE de 17 de mayo 1990, Barber, C- 262/88 Sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, el TJUE decidió que todas las formas de pensiones profesionales constituyen una retribución a efectos del antiguo artículo 119, por lo que les es aplicable el principio de igualdad de trato, y dictaminó que los trabajadores de sexo masculino deben disfrutar de sus derechos en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia a la misma edad que sus colegas de sexo femenino. STJUE de 11 de noviembre de 1997, Marschall C-409/95, Sentencia de 11 de noviembre de 1997, el TJUE declaró que la legislación comunitaria no se oponía a una norma nacional que obligase a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en aquellos casos en los que las mujeres fuesen menos numerosas que los hombres en un sector de actividad («discriminación positiva»), siempre que la ventaja no fuese automática y que se garantizase a los candidatos masculinos un examen de su candidatura sin ser excluidos a priori. STJUE de 11 de octubre del 2007, Paguay C-460/06 el TJUE declaró que el despido por embarazo o nacimiento es contrario al artículo 2, apartado 1, y al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. STJUE de 1 de marzo del 2011, Test-Achats, C- 236/09, Sentencia de 1 de marzo de 2011, el TJUE declaró inválido el artículo 5, apartado 2, de la Directiva del Consejo 2004/113/CE por ser contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; ha de aplicarse el mismo sistema de cálculo actuarial a hombres y mujeres en el momento de determinar las primas y las prestaciones a efectos de seguros. STJUE de 12 de septiembre de 2013, Kuso, C 614/11 Sentencia de 12 de septiembre del TJUE dictaminó que el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional, compuesta de una reglamentación laboral que forma parte integrante de un contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la adhesión a la Unión Europea del Estado miembro en cuestión, reglamentación que prevé que la relación laboral se extinguirá cuando se alcance la edad de jubilación —que difiere en función del sexo del trabajador—, es constitutiva de una discriminación directa prohibida por la citada Directiva, cuando el trabajador de que se trate llegue a la edad de jubilación en una fecha posterior a la mencionada adhesión. STJUE de 31 de mayo del 2018, Korwin-Mikke, T-770/16 y T 352/17, el TJUE anuló las sanciones que el Parlamento había impuesto al diputado polaco de extrema derecha Janusz Korwin-Mikke. STJUE de 8 de mayo del 2019, Violeta Villar Lais, C 161/18, Sentencia de 8 de mayo de 2019, el TJUE consideró que la normativa española sobre el cálculo de las pensiones de jubilación de los trabajadores contratados a tiempo parcial es contraria al Derecho de la Unión si se estima que es especialmente desfavorable para las trabajadoras. STJUE de 8 de mayo del 2019, Praxaii MRC, C 486/18, el TJUE declaró que el cálculo de las indemnizaciones por despido y recolocación de un trabajador que disfruta de un permiso parental a tiempo parcial debe determinarse sobre la base de la retribución a tiempo completo; las legislaciones nacionales contradictorias dan lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo. STJUE de 7 de octubre del 2019, Saeway C-171/18 Sentencia de 7 de octubre de 2019, Safeway, C-171/18 el TJUE se pronunció sobre la equiparación

Junto al derecho originario y derivado el Pilar Europeo de Derechos sociales que incluye la igualdad de género uno de sus veinte principios clave para garantizar el derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo de igual valor y a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, incluidos el mercado de trabajo, las condiciones de empleo y la progresión profesional.

La aportación que la nueva normativa aporta a la igualdad de género se basa en la nueva dimensión de la libertad de expresión de los denunciantes y que puede ser relevante dentro del derecho de igualdad en materia de la salud laboral la protección frente a los acoso ambientales e institucionales, las infracciones en materia de seguridad social y contratación pública.¹¹¹

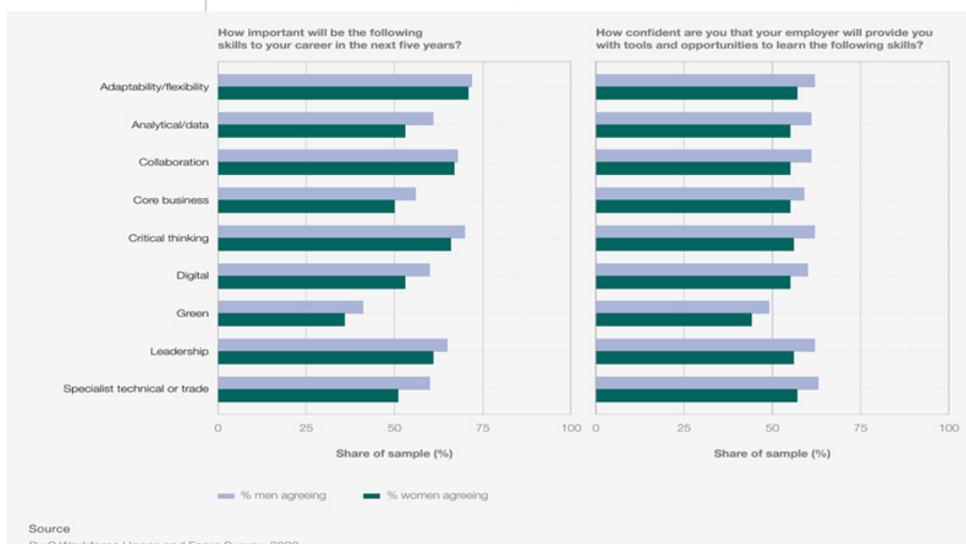
de las prestaciones por jubilación en el marco de un plan de pensiones de empresa. STJUE de 18 de septiembre del 2019, Ortiz Mesonero C-366/18, en este asunto, en que se denegó a un padre la autorización para trabajar en turnos fijos con el fin de cuidar mejor a sus hijos, el TJUE dictaminó que las Directivas no eran aplicables y que no contienen disposición alguna que permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al empleado el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable. STJUE de 20 de junio de 2019, Hakerbracht , C- 404/18 el TJUE dictaminó que, cuando una persona que alega ser discriminada por razón de sexo presente una reclamación, los empleados, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada. STJUE de 3 de junio del 2021 Tesco Stores , C- 624/19 en la sentencia, el TJUE recordó en primer lugar su sentencia en el asunto Praxair MRC (C-486/18), en la que la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras se extiende también a los convenios colectivos, así como a los contratos particulares destinados a regular la retribución, y su jurisprudencia reiterada que permite a los tribunales apreciar otras diferencias de trato basadas en el sexo con arreglo al procedimiento contencioso, y concluyó que el artículo 157 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un «trabajo de igual valor». STJUE de 24 de febrero del 2022 , Tesorería General de la Seguridad Social: el TJUE dictaminó que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluya las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social; y afirmó que las personas trabajadoras —hombres y mujeres— deben tener acceso a los mismos derechos y no deben ser discriminadas por razón de sexo y STJUE de 5 de mayo 2022 , BVAEB, C 404/20, el TJUE declaró que el artículo 157 del TFUE y el artículo 5, letra c), de la Directiva 2006/54/CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establezca una actualización anual progresivamente decreciente del importe de las pensiones de jubilación de los funcionarios nacionales en función de la magnitud de dicho importe, sin ninguna actualización por encima de un determinado importe, en el supuesto de que dicha normativa afecte negativamente a una proporción significativamente mayor de beneficiarios que de beneficiarias, siempre que la citada normativa persiga, de manera coherente y sistemática, los objetivos de garantizar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación y reducir la brecha entre los niveles de pensiones financiados por el Estado, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar esos objetivos.

111 El sexisme a la universitat. Estudi comparatiu del personal assalariat de les universitats públiques catalanes, UAB, CCOO ensenyament col·lecció documents, 1999.

4. Libertad de expresión e igualdad efectiva. - La eliminación de represión de la libertad de expresión como visibilidad de las mujeres

En la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 un documento político global de la Comisión, tiene como objetivos clave acabar con la violencia de género, combatir los estereotipos de género, eliminar la brecha de género en el mercado de trabajo, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, corregir la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, colmar la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y lograr el equilibrio de género en la toma de decisiones y en el ámbito político; para ello adopta un planteamiento dual de integración de la perspectiva de género combinada con actuaciones específicas y descansa en la interseccionalidad como principio horizontal para su aplicación. La represión de las denuncias por parte de los transgresores de normas no solo viola el derecho de libertad de expresión de las víctimas sino además crea ambientes de miedo que incrementan la violencia especialmente contra las mujeres. Las gráficas que a continuación se ofrecen sobre Esperanzas y Miedos resume bien lo que aquí se está defendiendo. Las mujeres tienen menos esperanza y más miedo de no tener oportunidades al mismo nivel que sus compañeros varones.

FIGURE 2.23 Perceived importance of skills and opportunities to learn skills



La protección de los derechos de las personas trabajadoras por el comité europeo de derechos sociales¹¹²

CARMEN SALCEDO BELTRÁN

Catedrática Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat de València
Miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales (Consejo de Europa)

1. La Declaración de Vilna de 4 de julio de 2024: reforzar el ¿compromiso? de los Estados miembros del Consejo de Europa mediante la justicia social y la protección de los derechos sociales
2. Europa y la Carta Social Europea: statu quo
 - 2.1. Estructura normativa y ratificaciones
 - 2.2. El Comité Europeo de Derechos Sociales y los mecanismos de supervisión.
 - 2.2.1. El nuevo sistema de informes
 - 2.2.2. El procedimiento de reclamaciones colectivas
3. Directrices fundamentales de interpretación
4. Análisis jurisprudencial de la protección de los derechos laborales
 - 4.1. La protección frente al despido
 - 4.1.1. La indemnización adecuada, la reparación apropiada y su función disuasoria
 - 4.1.2. Extinción relación laboral y jubilación
 - 4.2. Conclusiones 2022 sobre los derechos relacionados con el trabajo

112 Los puntos de vista y opiniones expresadas en este libro son de la autora, sin reflejar necesariamente la opinión del Comité Europeo de Derechos Sociales ni prejuzgar la adopción de cualquier pronunciamiento. El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Grupo de Investigación “Derechos Humanos y Carta Social Europea” de la Universitat de València (Referencia: GIUV2013-148, Dir. Carmen Salcedo Beltrán) y del Proyecto Estatal de I+D+i “La sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica” (PID2022-140298NB-I00), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea. Ministerio Ciencia, Innovación y Universidades.

1. La Declaración de Vilna de 4 de julio de 2024: reforzar el compromiso de los Estados miembros del Consejo de Europa mediante la justicia social y la protección de los derechos sociales

El 4 de julio de 2024 tuvo lugar la Conferencia de Alto Nivel sobre la Carta Social Europea (CSE/CSEr), en Vilna, Lituania. Para comprender cómo se ha llegado a ese acontecimiento hay que retroceder un poco más de un año, en concreto al 16 y 17 de mayo de 2023. Esos días se celebró en Reikiavik, Islandia, la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa¹¹³. Esta reunión tuvo como objetivo realizar una frente común contra la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, definir nuevas prioridades y dar una nueva dirección a la labor del Consejo de Europa. Se aprobó oficialmente una Declaración intitulada *Unidos alrededor de nuestros valores*. Destaco los siguientes puntos¹¹⁴:

a) La creación un registro de daños, previsto como un primer componente de un futuro mecanismo de indemnización. Este servirá como archivo de pruebas e información sobre reclamaciones por daños, pérdidas o lesiones causadas desde el 24 de febrero de 2022 a todas las personas físicas y jurídicas afectadas, así como al Estado de Ucrania (Anexo I). Al mismo se han adherido también Canadá, Japón, EE.UU. y la Unión Europea (UE). Complementariamente se acordó la «Declaración sobre la situación de los menores en Ucrania» en la que se destaca la necesidad de que, a todos los niveles gubernamentales, se redoblen los esfuerzos para garantizar la protección efectiva de ese colectivo y se implementen toda una serie de medidas, en pleno cumplimiento de las normas aplicables del Consejo de Europa (Anexo II).

b) La adopción de los «Principios de Reikiavik para la democracia», que deben respetar los Estados democráticos, como la libertad de expresión, reunión y asociación, las instituciones independientes, los poderes judiciales imparciales y eficaces, la lucha contra

113 Ese es el número de miembros del Consejo de Europa desde que el Comité de Ministros adoptó el 16 de marzo de 2022 la Resolución CM/Res(2022)2 por la que la Federación de Rusia cesaba de su condición de miembro del Consejo de Europa, con fundamento en el art. 8 del Estatuto de la organización. El 24 de marzo de 2022 el Comité Europeo de Derechos Sociales aprobó una Declaración en la que, por un lado, subraya que la agresión militar contra otro Estado Parte es incompatible *per se* con el espíritu y los objetivos de la Carta Social Europea y con todos los compromisos específicos contraídos por los Estados Parte en virtud de la Parte II de la Carta. Y, por otro lado, considera que la crisis actual provocada por la agresión militar de la Federación de Rusia contra Ucrania no debe tener por efecto reducir la protección de los derechos reconocidos por la Carta, tanto dentro de Ucrania como más allá de sus fronteras, y que los Estados Parte en la Carta están obligados a tomar todas las medidas necesarias para que los derechos de la Carta sean efectivamente en todo momento, incluso, cuando proceda, mediante la asistencia y la cooperación internacionales.

114 Sommet de Reykjavik du Conseil de l'Europe Unis autour de nos valeurs, junio 2023, Consejo de Europa, pp. 1-24.

la corrupción y la participación democrática de la sociedad civil y de la población más joven (Anexo III).

c) La reafirmación del compromiso con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), su adhesión inquebrantable como mecanismo para promover la paz y la estabilidad en Europa, como piedra angular de la protección de derechos humanos y su obligación incondicional de acatar las sentencias definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Anexo IV).

d) La determinación de que los derechos humanos y el medioambiente están conectados y que un medioambiente limpio, sano y sostenible es clave para el pleno disfrute de los derechos humanos (Anexo V). En consecuencia, el trabajo del Consejo de Europa debe versar sobre el reconocimiento político como derecho humano y en la amplia jurisprudencia desarrollada por el TEDH.

e) Finalmente, entre los retos a alcanzar, se establecen unas prioridades, entre las que menciona la promoción de los derechos sociales en Europa. Dos referencias se localizan sobre la CSE/CSEr y una a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Las dos primeras al aludir a la justicia social en el sentido de que “es esencial para la estabilidad y la seguridad democráticas y, en este sentido, reafirmamos nuestro pleno compromiso con la protección y la aplicación de los derechos sociales garantizados por el sistema de la Carta Social Europea”. Añaden que se considerará la organización de una conferencia de alto nivel, con el fin de asumir, «en la medida de lo posible», nuevos compromisos en el marco de este tratado. La tercera e encuentra en el apartado relativo al medioambiente, para recordar los pronunciamientos de este órgano en esa materia.

Las citas son importantes, pero tratándose de la Constitución Social de Europa considero que son insuficientes. Igualmente, no se ha de obviar que son propósitos teóricos, carentes de eficacia vinculante. Si no son continuados por medidas firmes de implementación, quedarán en lo que son, documentos de naturaleza política, como así se ha advertido¹¹⁵. Déficit tan importantes como la obligación de adoptar por todos los Estados de la CSEr, en su totalidad por todos los Estados junto con el procedimiento de reclamaciones colectivas están silenciados.

El 26 de mayo de 2023 la Comisión Permanente de la Asamblea Parlamentaria inició los

¹¹⁵ Véase el análisis de AILINCAI, M., «Les clair-obscur du quatrième sommet du Conseil de l'Europe et ses suites – une vue d'ensemble», *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, chron. n°15, 2024, p. 1

trámites para dar efectividad a esos puntos¹¹⁶. En este los Estados volvieron a estudiar la posibilidad de organizar el evento específico sobre la CSE. Para avanzar en su materialización, un *Groupe de Rapporteurs* presentó el 5 de febrero de 2024 un documento con los 9 objetivos que debería tener esta importante cita¹¹⁷:

1) Promover la aceptación por parte de los Estados miembros de compromisos adicionales en virtud de la Carta, “siempre que sea posible”. A este respecto, valoran como escenario idóneo un acto en el que puedan asumir o prometer compromisos adicionales, incluida la aceptación de disposiciones y, en el caso de los que aún no lo hayan hecho, la ratificación de la CSEr y la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas.

2) Fomentar la ratificación de la CSEr por parte de los siete Estados (en ese momento) que siguen sólo vinculados por la Carta de 1961, para poner de manifiesto una unidad en su misión de defensa de los derechos sociales, así como reducir la complejidad derivada de la existencia de dos cartas sociales.

3) Hacer balance de la implementación de las decisiones adoptadas en 2022 por el Comité de Ministros sobre la reforma del sistema de la CSE y estudiar si son necesarias nuevas medidas para alcanzar el objetivo de reforzar la aplicación de los derechos sociales en Europa.

4) Subrayar que los derechos sociales son derechos humanos y, como tales, universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, y expresar su respaldo. Reafirmar también la Declaración de la Cumbre de Reikiavik.

5) Examinar los retos contemporáneos en el ámbito de los derechos sociales y las respuestas necesarias desde el punto de vista de la CSE/CSEr, teniendo en cuenta la arquitectura de los derechos humanos del Consejo de Europa.

6) Considerar la oportunidad de formalizar una conferencia de alto nivel de ministros especializados en derechos sociales (trabajo, sanidad, asuntos sociales, vivienda, etc.).

7) Iniciar un debate sobre la oportunidad y la forma de consolidar los distintos instrumentos que componen el sistema de la Carta y, si procede, pedir al Comité de Ministros que inicie un proceso para unificar los instrumentos de la Carta en un tratado único.

116 Noticia de la Comisión Permanente de la Asamblea Parlamentaria "[Nous devons maintenant mettre en œuvre les décisions prises à Reykjavik](#)".

117 [GR-SOC\(2024\)3](#).

8) Debatir las cooperaciones estratégicas, incluidas las relaciones con la Unión Europea, y la viabilidad de la adhesión de esta organización a la CSE/CSEr.

9) Explorar cómo los órganos de la Carta pueden ayudar a los Estados y contribuir a la aplicación efectiva de la Carta en función de los textos adoptados en el contexto de la reforma. A este respecto, debería estudiarse el significado del diálogo reforzado definido por el Comité de Ministros en el contexto del proceso de reforma, así como las posibilidades de financiación para ayudar a los países que soliciten apoyo en sus esfuerzos por mejorar la protección de los derechos sociales o adoptar medidas sobre la base de los resultados del seguimiento de la Carta.

El 14 de febrero de 2024 el Comité de Ministros confirmó este documento¹¹⁸ y así lo materializó el 14 de mayo de 2024, en la 133ª Sesión del Comité de Ministros. En ella aprobó el Informe de seguimiento titulado *Reikiavik, un año después* en la que, por una parte, “subrayando la importancia de la Carta Social Europea y de sus procedimientos de control para la protección de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos en toda Europa, acoge favorablemente la organización de una conferencia de alto nivel sobre la Carta Social Europea bajo los auspicios de la próxima Presidencia lituana del Comité de Ministros, y anima a los Estados miembros, según proceda, a que consideren la posibilidad de aceptar nuevas disposiciones en esa ocasión, y a los que aún no lo hayan hecho, a que consideren la posibilidad de ratificar el Protocolo adicional por el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas y/o de ratificar la Carta Social Europea revisada”¹¹⁹.

Por otra parte, se suscribió por la mayoría de Estados Parte, con la excepción de Armenia, Azerbaiyán, Hungría, Serbia y Turquía, la Declaración de la Presidencia del Comité de Ministros con motivo del 75 aniversario del Consejo de Europa, en la que se afirma que “para promover la justicia social y la protección de los derechos sociales, que son cruciales para la estabilidad democrática y la seguridad en todo el continente, seguimos comprometidos con el sistema de la Carta Social Europea y acogemos con satisfacción la Conferencia de Alto Nivel que se celebrará en julio”¹²⁰.

Como se indicó al inicio de este apartado, hace unas semanas se celebró. Brevemente se ha de apuntar la diferente denominación, que no es baladí, se trata de una *conferencia* y no de una *cumbre*. Las primeras se configuran como una reunión de diferentes personas para abordar temas de carácter general. En las segundas, a la que asisten las más altas representaciones de los Estados, jefes de Estado o de Gobierno versan sobre cuestiones

118 [Decisión CM/Del/Dec\(2024\)1489/4.2. 1489e Réunion.](#)

119 [CM/Del/Dec\(2024\)133/2b. punto 9. Derechos sociales y justicia social.](#)

120 [CM\(2024\)74-final.](#)

críticas¹²¹. En cuanto a su contenido, el CEDS expuso sus peticiones, previamente hechas públicas en un documento de 22 de abril de 2024¹²². En concreto estima y sugiere las siguientes medidas especialmente importantes:

a) La ratificación de la CSEr por todos los Estados miembros para mostrar un compromiso unificado con la misión del Consejo de Europa de defender los derechos sociales y promover la convergencia de los niveles de protección y reducir la desafortunada y contraproducente situación que se deriva de la existencia de dos cartas sociales.

b) La aceptación o ratificación del procedimiento de reclamaciones colectivas, que, desde 1998, no sólo ha acercado la Carta a los ciudadanos europeos, sino que también ha aumentado su visibilidad e impacto hasta un nivel sin precedentes.

c) La aceptación de disposiciones adicionales de la CSEr pues, a menudo, la oposición se debe a un desconocimiento, una inercia y, a veces, malentendidos.

d) La ratificación del Protocolo de Enmienda de 1991 de la Carta de 1961 por los 4 Estados restantes (Dinamarca, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido), que es necesaria para su entrada en vigor. Esto aportará más claridad y seguridad jurídica al sistema y, en particular, a las funciones respectivas de los órganos de control de la aplicación efectiva de la Carta.

e) La formulación de una declaración por parte de los Estados vinculados por el procedimiento de reclamaciones colectivas para que las ONG nacionales puedan presentar reclamaciones, siguiendo el ejemplo de Finlandia. Sería un gesto importante hacia una verdadera participación de los interlocutores sociales y de la sociedad civil, acercando aún más la Carta y el Consejo de Europa a los ciudadanos europeos.

f) Añadir nuevas disposiciones a la Carta o modernizar las existentes para que respondan más directamente a las necesidades sociales contemporáneas y a los retos actuales en materia de derechos sociales (un entorno seguro y saludable, trabajo atípico, inteligencia artificial, etc.).

g) Modificar el ámbito de aplicación personal de la Carta, tal y como se define en su Anexo, con el fin de adaptarlo al derecho internacional de los derechos humanos. La restricción es incoherente con la naturaleza de la CSE como tratado de derechos humanos.

121 Kawatu, P. G., "Las diferencias entre conferencias y cumbres", *Revista Protocolo*, 3 de enero de 2024.

122 Doc. 1068-rev.

h) Iniciar negociaciones sobre la adhesión de la UE a la Carta y preparar la introducción en el tratado de la base jurídica necesaria para dicha adhesión. Esta ha sido solicitada en resoluciones del Parlamento Europeo y también ha sido defendida y argumentada en detalle por destacados defensores y expertos de los derechos humanos.

Paralelamente, el CEDS señaló que el mencionado fortalecimiento de la Carta está íntimamente ligado al propio papel del órgano de control, independiente y autorizado. En virtud de ello, invita a los Estados a considerar las siguientes medidas para que pueda seguir desarrollando y consolidando su papel:

a) Reconocer la condición de autoridad en la supervisión del CEDS y comprometerse a acatar sus decisiones y conclusiones. Esto crearía claridad jurídica y reforzaría el impacto de sus pronunciamientos. La jurisprudencia del CEDS (decisiones y conclusiones) representa una interpretación autorizada de las disposiciones de la Carta. Los Estados Parte tienen la obligación de cooperar con el CEDS, originada de la aplicación del principio de buena fe al cumplimiento de todas las obligaciones de los tratados (Convención de Viena).

b) Supresión *de facto* del embargo de cuatro meses sobre la publicación de las decisiones sobre el fondo del CEDS que resuelven las reclamaciones colectivas, por ejemplo, mediante la declaración de los Estados Partes de un acuerdo sobre la publicación inmediata. Este es una anomalía que dificulta la comunicación y la visibilidad de los resultados del procedimiento.

c) Materializar, mientras no está en vigor el Protocolo de enmienda de 1991, la disposición sobre la elección de los miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria (artículo 3), del mismo modo que ya se ha decidido de todas las demás disposiciones de esta norma. Esto haría más visible la base democrática del órgano y su independencia, que es crucial para un organismo supervisor y que opera con procedimientos cuasi judiciales.

d) Aumentar el número de miembros del CEDS de los 15 actuales a, por ejemplo, 18 o 21, en particular para garantizar un mejor equilibrio global en el CEDS de las diferentes tradiciones jurídicas y modelos sociales en Europa. Ello contribuiría también a hacer frente a la creciente carga de trabajo al permitir una mejora de los métodos de trabajo del CEDS.

e) Asignar recursos adicionales al CEDS y a su Secretaría con el fin de reforzar el desempeño de sus funciones institucionales, específicamente para garantizar la calidad necesaria de los resultados y la capacidad de abordar y reducir los retrasos existentes.

Junto a esta contribución se presentaron formalmente por escrito otras¹²³, pudiendo citar, a nivel institucional, las del Comité Gubernamental y la Asamblea Parlamentaria. En cuanto a Estados, las de Francia, Grecia, Irlanda, Méjico, Eslovenia, España, Turquía y Reino Unido. Y respecto a las organizaciones y agentes sociales, las del Comité Action pour les Droits Sociaux de la Conferencia de las ONG, Amnistía Internacional, International Movement All Together in Dignity – ATD Fourth World, ATD Quart Monde, Dynamique ATD Jeunesse Europe, European Network of Social Integration Enterprises, Fédération Internationale des Associations de Personnes Agées, Federal Institute for the protection and promotion of Human Rights (Belgium), Social Platform y la Unión General de Trabajadores (España).

Quisiera detenerme en la de Reino Unido, como muestra del trabajo que queda por hacer en materia de derechos sociales. En su documento señala que los objetivos previstos con la Conferencia son “demasiado ambiciosos”, manifestando sus dudas con la gran mayoría y literalmente indicando que “no está de acuerdo con la clasificación de los derechos sociales como equivalentes a los derechos humanos (...), son cuestiones distintas pues los tratados son diferentes.

Una vez explicada la finalidad de la Conferencia y los documentos que se aportaron, se ha de atender al resultado. En cuanto a la adopción real de compromisos adicionales, estos fueron los que los Estados asumieron:

- Islandia depositó un instrumento de ratificación de la CSEr que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2024. Conviene señalar que este país, cuando ratificó la CSE no lo hizo completamente pues suscribió 41 de los 72 apartados. El Protocolo de 1988 lo había firmado pero no ratificado. Respecto de la CSEr ha aceptado seis nuevos artículos, es decir, se ha acogido a la posibilidad que se recoge de no suscribir todo el texto normativo. No tiene firmado ni ratificado el protocolo de reclamaciones colectivas.

- Andorra presentó una Declaración (Nota Verbal) aceptando el art. 22 de la CSEr, que previamente había aprobado el Consell de Ministres el 5 de junio, con efectos también a partir del 1 de septiembre de 2024¹²⁴.

- Irlanda presentó también una declaración (Nota verbal) por la que aceptaba los artículos 8.1, 21 a y b, 27.1, c), y el 31 de la CSEr.

¹²³ [Convocatoria de contribuciones.](#)

¹²⁴ [Edicto del 10 de julio de 2024 por el cual se hace público que el 1 de septiembre de 2024 surtirá efecto la aceptación por parte del Principado de Andorra, del artículo 22 de la Carta social europea revisada, hecho en Estrasburgo el 3-5-1996. BOPA N.º 81 año 2024 \(17 de julio de 2024\).](#)

– Dos Estados miembros -Armenia y la República de Moldavia- expresaron su “firme intención” de aceptar nuevos compromisos en virtud de la Carta o del procedimiento de reclamaciones colectivas.

De igual modo, y como suele ser habitual en estos ilustres acontecimientos, se cerró con la aprobación de una Declaración, del mismo carácter jurídico que la anterior, con la particularidad de que en esta se indica en el propio título (*Déclaration politique/Political Declaration*). Recoge el futuro programa del Consejo de Europa sobre los derechos sociales y la justicia social. Una vez constatado que en el momento de obligarse los movimientos fueron escasos y que las peticiones del CEDS fueron bastante ignoradas, el texto representa un conjunto de buenos propósitos que, prácticamente son reflejo de los discursos solemnes que pronunciaron los representantes de los Estados Parte. Así, expresamente:

a) Subrayan la importancia de disponer de un marco sólido y reactivo de derechos sociales en toda Europa, con base en los tratados pertinentes sobre la materia, incluido el sistema de la CSE/CSEr. Admiten que es su deber colectivo promover el respeto y el desarrollo continuo de los derechos sociales, como derechos humanos y como vectores de crecimiento económico, progreso y cohesión sociales, paz, seguridad y estabilidad.

b) Afirman que las vulneraciones de la paz y las agresiones militares son incompatibles con las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, en general, y de derechos sociales, en particular. En este sentido, acogen con satisfacción la solidaridad con el pueblo ucraniano y la protección social ofrecida por los Estados miembros del Consejo de Europa a las personas desplazadas temporalmente.

c) Reconocen la posibilidad que pone a disposición la Carta a los Estados Partes de aumentar progresivamente sus compromisos en materia de respeto, protección y realización de los derechos sociales, proceso que puede y debe reforzarse aún más a través de un diálogo constructivo y consolidado entre las autoridades nacionales competentes y los interlocutores sociales, los órganos de la Carta, así como con los interlocutores sociales.

d) Se congratulan del compromiso de los Estados miembros del Consejo de Europa con la promoción de la justicia social y, en particular, de los esfuerzos realizados por los Estados miembros para aceptar un alto nivel de compromiso con los derechos sociales, así como de las medidas efectivas adoptadas por estos de la CSE para dar seguimiento a los resultados y conclusiones del CEDS, cuando proceda.

e) Recuerdan que el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, de conformidad

con su mandato social único, contribuye a reforzar la cohesión social a través de proyectos de valor social entre sus miembros.

f) Acogen con satisfacción las decisiones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa para mejorar la aplicación del sistema de la Carta y sus procedimientos de supervisión. Invitan al CEDS a aplicarlas, en la medida de lo posible, a las disposiciones existentes de la Carta, a situaciones nuevas o en evolución en materia de política social y a sus procedimientos de control, junto con el Comité Gubernamental.

g) Reconocen el papel crucial de los órganos ejecutivos y legislativos nacionales en el fortalecimiento de la protección de los derechos sociales a través de la acción legislativa, en particular el papel de los parlamentos en el proceso de ratificación de los tratados internacionales, y la aceptación de compromisos adicionales en virtud de la Carta.

Como resultado de todas estas afirmaciones, los representantes de los Estados miembros del Consejo de Europa añaden que:

a) Se comprometen a respetar, proteger y aplicar los derechos sociales, en general, y, por lo que respecta a los Estados Parte en la Carta, a prestar una atención constante a los retos y oportunidades que plantea la aplicación de las exigencias de la Carta y, a tal fin, alientan a los Estados Partes a aprovechar plenamente todas las oportunidades de diálogo reforzado que se ofrecen entre los órganos de la Carta, los Estados Parte y los interlocutores sociales.

b) Animar a los Estados miembros a que estudien la posibilidad de ratificar la CSEr, procurando, paralelamente a los planteamientos políticos de los Estados miembros, apoyar el objetivo declarado del Consejo de Europa de facilitar el progreso económico y social.

c) Proponen que se estudien periódicamente las posibilidades de aceptar compromisos adicionales en virtud de la Carta, incluido el procedimiento de reclamaciones colectivas.

d) Invitan al Comité de Ministros del Consejo de Europa a que:

i. Aliente la continuación de los debates con las autoridades nacionales competentes y con las autoridades locales y regionales, así como con los interlocutores sociales, a fin de promover un enfoque de la política social basado en los derechos, así como con los interlocutores sociales, para promover un enfoque de

la política social basado en los derechos humanos y el intercambio de conocimientos y buenas prácticas. Todo ello con el objetivo de afrontar las preocupaciones y los retos conjuntamente. Los ámbitos a considerar podrían ser:

- a) Las desigualdades, los bajos ingresos y la exclusión social, la vivienda y el cambio demográfico.
 - b) Cualquier forma de discriminación que repercuta en el pleno disfrute de los derechos sociales.
 - c) La dimensión de los derechos sociales vinculada al mandato de la Declaración de Reikiavik «de reforzar el trabajo sobre los aspectos del medio ambiente relacionados con los derechos humanos».
 - d) Los desafíos persistentes y emergentes en el ámbito del empleo, en particular, la negociación colectiva, las nuevas formas de empleo, la transición a una economía verde, las tecnologías digitales, la inteligencia artificial, el cambio tecnológico, la conciliación de la vida laboral y familiar y, muy significativamente, las cuestiones de participación y la dignidad (incluida la protección contra todas las formas de acoso, incluido el acoso sexual) en el lugar de trabajo.
- ii. Dar mayor prioridad a las actividades de cooperación en el ámbito de los derechos sociales con vistas a mejorar la aplicación de la Carta en virtud de los resultados del seguimiento realizado por el CEDS y las correspondientes recomendaciones del Comité de Ministros.
 - iii. Garantizar la cooperación entre los órganos y comités del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales, y seguir colaborando, al tiempo que se exploran las posibilidades de incrementar la colaboración con otras organizaciones internacionales, así como con la UE para promover los derechos sociales garantizados por la CSE/CSEr y sus Protocolos;
 - iv. Seguir abiertos a estudiar posibles medidas para optimizar aún más el sistema de la CSE/CSEr.
 - v. Continuar examinando la necesidad de convocar otra conferencia de alto nivel más adelante con el fin de valorar nuevamente los retos contemporáneos de la política social, teniendo también en cuenta los resultados esperados de este evento.

2. Europa y la Carta Social Europea: *statu quo*

2. 1. Estructura normativa y ratificaciones

La CSE/CSEr es un tratado de derechos humanos que tiene como finalidad la aplicación a nivel europeo de los derechos reconocidos a todos los seres humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Su objeto y fin, como instrumento normativo vivo consagrado a los valores de la dignidad, la igualdad y la solidaridad, es dar sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales que todo ser humano debe disfrutar (decisiones sobre el fondo de 8 de septiembre de 2004, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) contra Francia, reclamación colectiva nº 14/2003, de 20 de octubre de 2020, Commission internationale de juristes (CIJ) contra la República Checa, reclamación colectiva nº 148/2017 o de 26 de enero de 2021, Commission internationale de Juristes (CIJ) et Conseil européen sur les Réfugiés et Exilés (ECRE) contra Grecia, reclamación colectiva nº 173/2018).

No se está ante un único tratado, sino que la conforman diferentes textos. Se pueden representar con el siguiente esquema:



Tabla nº 1. Fte: Council of Europe.

Para entender su secuenciación se ha de partir del texto originario, adoptado el 18 de octubre de 1961, con entrada en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del CEDH. Aunque este es el más importante en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos, tiene considerables carencias respecto a los derechos sociales. Únicamente se puede considerar que hay dos preceptos *ad hoc*, los arts. 4, que contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y 11, sobre la libertad de reunión y de

asociación¹²⁵. Explicaba el profesor Vida Soria que se estaba tropezando desde el principio con el eterno problema de la posibilidad de “judicializar” los derechos sociales y económicos problema éste que todavía sigue sin resolver y sobre el que en estos tiempos se vuelve una y otra vez¹²⁶.

Era preciso un texto adicional que los ampliara e integrara, más si atiende a la jurisprudencia del TEDH, poco proclive a su apreciación cuando se le ha sometido alguna controversia. Se pudo constatar en la mayoría de demandas originadas en los recortes de derechos sociales por las medidas de austeridad, que la gran mayoría fueron inadmitidas estableciendo, además, que eran “manifiestamente mal fundadas”¹²⁷.

Los dos Tratados son los más importantes del organismo en el que hay que ubicarlos, el Consejo de Europa, creado el 5 de mayo de 1949 por diez Estados fundadores. Es la agrupación más numerosa y antigua a nivel europeo integrada en total por cuarenta y seis países.

No debe incurrirse en la confusión habitual con el Consejo Europeo o con la UE. Se trata de dos organizaciones diferentes, con su propia normativa y sus respectivos órganos de control.

125 Estas han llevado, en ocasiones, a intentar una interpretación extensiva de otros preceptos para fundamentar demandas de ese ámbito. Es el caso del art. 1 del Protocolo nº 1, que regula el derecho a la propiedad y reconoce a toda persona física o jurídica el respeto de sus bienes, no pudiendo ser privado de la misma “(...) más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”.

126 “El derecho social y la política de protección social del Consejo de Europa”, Estudio preliminar de la obra Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, p. XXIX.

127 Entre otras, las decisiones del TEDH de 7 de mayo de 2013, Ioanna Koufaki y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos (ADEDY) contra Grecia, 8 de octubre de 2013, Conceição Mateus y Santos Januário y 1 de septiembre de 2015, Da Silva Carvalho Rico ambas contra Portugal, 15 de octubre de 2013, Savickas y otros y 4 de julio de 2017, Mockiene contra Lituania, o la última de 7 de diciembre de 2017, P. Plaisier B.V. contra los Países Bajos.

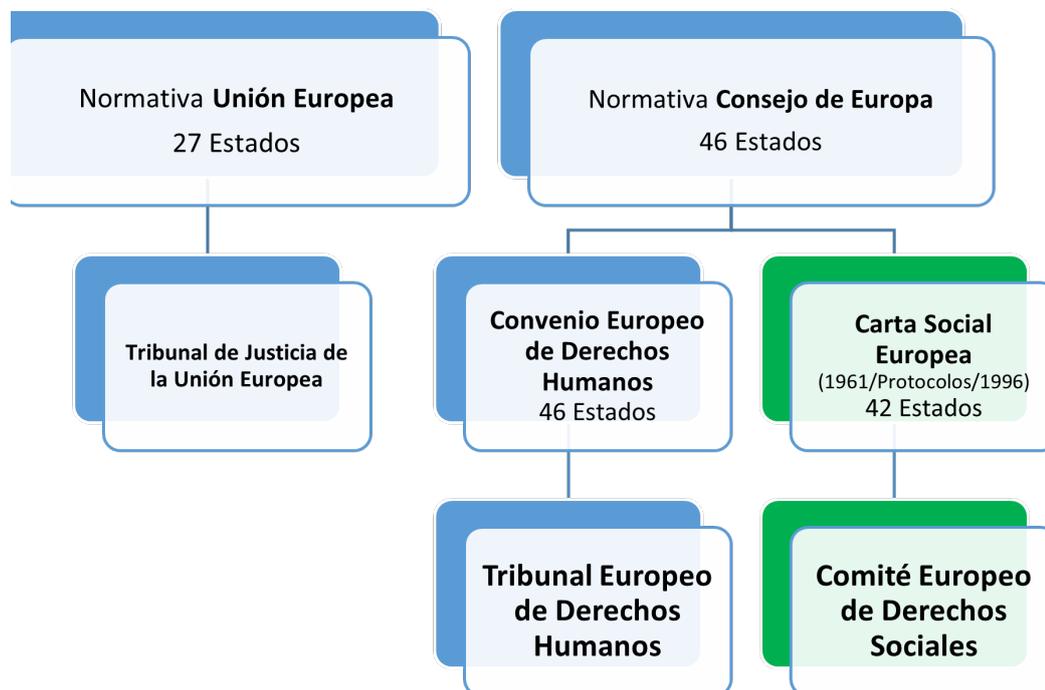


Tabla nº 2. Elaboración propia.

La aparente simetría en el seno de su institución es teórica, puesto que la pertenencia al Consejo de Europa se supedita a la ratificación del CEDH y no así a la CSE/CSEr, existiendo cuatro países, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza que, formando parte del mismo, no la han ratificado¹²⁸.

La CSE declara en el Preámbulo su finalidad, que es la de garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social, mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de la población, rurales o urbanas.

A continuación, se estructura en cinco partes. La primera recoge los objetivos que asumen las Partes contratantes al elaborar su política. Los precisa en diecinueve puntos programáticos. Literalmente se referencia que “Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (...)”.

¹²⁸ Véase, en este sentido, la Carta Social Europea. El segundo ha firmado la CSEr y los otros tres sólo la CSE.

La segunda Parte establece como compromisos a considerarse “vinculadas por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)”. Procede, a continuación, a reiterar los puntos anteriores, completando su contenido con cruciales subapartados.

- a) Derecho al trabajo (art. 1).
- b) Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas. (art. 2)
- c) Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3)
- d) Derecho a una remuneración equitativa (art. 4)
- e) Derecho sindical (art. 5)
- f) Derecho de negociación colectiva (art. 6)
- g) Derecho de los niños y adolescentes a protección (art. 7)
- h) Derecho de las trabajadoras a protección (art. 8)
- i) Derecho a la orientación profesional (art. 9)
- j) Derecho a la formación profesional (art. 10)
- k) Derecho a la protección de la salud (art. 11)
- l) Derecho a la seguridad social (art. 12)
- m) Derecho a la asistencia social y médica (art. 13)
- n) Derecho a los beneficios de los servicios sociales (art. 14)
- o) Derecho de las personas discapacitadas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social. (art. 15)
- p) Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (art. 16)
- q) Derechos de las madres y los niños a una protección social y económica (art. 17)
- r) Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes Contratantes (art. 18)
- s) Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (art. 19).

Subrayo el carácter vinculante de esta parte y efectivo de todos los derechos enumerados. Se confirma con tres decisivas referencias.

En primer lugar, la Parte II de la CSE que repite los diecinueve puntos de la Parte I para remarcar su diferente efecto, programático los de ésta (“Las Partes reconocen como

objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (...)", frente al vinculante de los que la prosigue ("Las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas (...) por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)". Ese es el objetivo y lógico entendimiento de la reproducción.

En segundo lugar, al explicar el peculiar sistema de ratificación en el art. 20.1 de la CSE, en el que es posible que no todos los Estados estén obligados por las mismas disposiciones. Literalmente distingue, de nuevo, la estructura separada y sus efectos («(...) a considerar la Parte I (...) como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados (...) [y] a considerarse obligada por al menos cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II (...)».

En tercer y último lugar, en el Anexo a la CSE, que forma parte de esta (art. 38), en el que "Se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional (...)" (Parte III).

La parte III regula las obligaciones de los Estados, explicando el peculiar sistema de ratificación, de forma que es posible que no todos los Estados estén obligados por las mismas disposiciones. Según dispone el art. 20.1 a) y b) de la CSE, han de suscribir, por un lado, al menos, cinco artículos de los siete que se consideran el núcleo de la CSE. En particular, deben escoger de entre los arts. 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19. Por tanto, es posible, y así ocurre, que no todos estén comprometidos por la disposición, cuestión que no es trivial. En ocasiones, han alegado mayores dificultades para ejecutar sus políticas o situaciones de desventaja respecto de otros, al tener que observar los requerimientos normativos. Por otro lado, han de adicionar otros artículos o párrafos, de manera que el total nunca sea inferior a 10 artículos o 45 párrafos (art. 20.1 c) de la CSE).

En cuanto a la Parte IV, contiene la regulación del sistema de control de aplicación de la CSE de presentación de informes, atribuido al anteriormente denominado Comité de Expertos Independientes, que actualmente se denomina CEDS.

La parte V, arts. 30 a 38, incluye, entre otros puntos, la suspensión de las obligaciones de los Estados en caso de guerra o peligro público, restricciones o limitaciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática destinadas a garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres (art. 31), las relaciones de la CSE y el derecho interno, la

aplicación de la CSE por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial de la misma, la presentación de enmiendas (art. 36) o su denuncia (art. 37). Se ha de subrayar de esta efectuarla total o parcialmente, de un precepto o párrafo, siempre que se observen unos requisitos temporales y quede obligada por un número mínimo de artículos o párrafos.

Finalmente, el Anexo realiza precisiones en cuanto a dudas interpretativas que puedan surgir en la implementación de la CSE.

La evolución y cambios de la realidad social legitimaron que, tras unos años, fuera ampliada y/o enmendada con tres Protocolos. El primero, de 5 de mayo de 1988 (Adicional), añadió cuatro derechos. Específicamente:

- a) Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (art. 1 del Protocolo, 21 de la CSEr).
- b) Derecho a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2 del Protocolo, 22 de la CSEr)
- c) Derecho a la participación en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (art. 3 del Protocolo, 23 de la CSEr)
- d) Derecho a la protección social de las personas ancianas (art. 4 del Protocolo, 21 de la CSEr).

Siguiendo el mismo sistema de ratificación, como mínimo se debe asumir un precepto (art. 5.1. b)).

El segundo, de 21 de octubre de 1991 (Enmienda), modifica algunos artículos con objeto de mejorar el mecanismo de control. Se trata de una norma que presenta la peculiaridad de no haber en vigor pues es preciso que todos los Estados expresen su consentimiento (art. 7)¹²⁹. El Comité de Ministros en la 467ª Reunión de 2-6 de diciembre de 1991 adoptó la decisión de aplicarlo, con la excepción del sistema de designación de los componentes del CEDS.

Finalmente, el significativo tercer y último Protocolo, de 9 de noviembre de 1995, que instauró un sistema de reclamaciones colectivas para avanzar en la efectividad de los derechos.

¹²⁹ Señala el art. 8 de este Protocolo de enmienda que lo hará "(...) el trigésimo día siguiente a la fecha en la cual las Partes Contratantes de la Carta hayan expresado su consentimiento de quedar vinculadas por el Protocolo (...)".

El escenario que se ha descrito precisaba que se ordenara y por ello se aprobó el 3 de mayo de 1996 la CSEr. Incluye un total de 31 derechos (19 de la versión originaria -con algunas modificaciones en la redacción-, 4 del primer protocolo de 1988 y 8 nuevos).

- a) Derecho a la protección en caso de despido (art. 24)
- b) Derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25)
- c) Derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26)
- d) Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades (art. 27)
- e) Derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28)
- f) Derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29)
- g) Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30)
- h) Derecho a la vivienda (art. 31).

La aceptación de este texto, según dispone la Parte III, artículo A, obliga a mínimo seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II, arts. 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20. Hay que añadir un número de artículos o párrafos numerados siempre que el total de los artículos y de los párrafos a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados¹³⁰.

De los 42 Estados parte, 36 han ratificado la CSEr y 6 la CSE (Croacia, República Checa, Dinamarca, Luxemburgo, Polonia y Reino Unido). Sólo hay tres países que han suscrito totalmente la CSEr: Francia, Portugal y España.

En cuanto al procedimiento de reclamaciones colectivas, tan sólo dieciséis son supervisados por los dos procedimientos establecidos al efecto: Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia, Suecia y España. Todos estos países, excepto uno, se han comprometido con el procedimiento por una de las dos vías posibles:

¹³⁰ El listado actual de disposiciones aceptadas se encuentra disponible. Estos países deben remitir al Secretario General del Consejo de Europa, a intervalos apropiados y a petición del Comité de Ministros, informes sobre las disposiciones que no se han aceptado en el momento de su ratificación o aprobación, o en una notificación posterior. El Comité de Ministros determinó en la Decisión de 11 de diciembre de 2002 (CM(2002)184) que cada cinco años se pedirán dichos informes, sobre qué disposiciones y cuál será su forma.

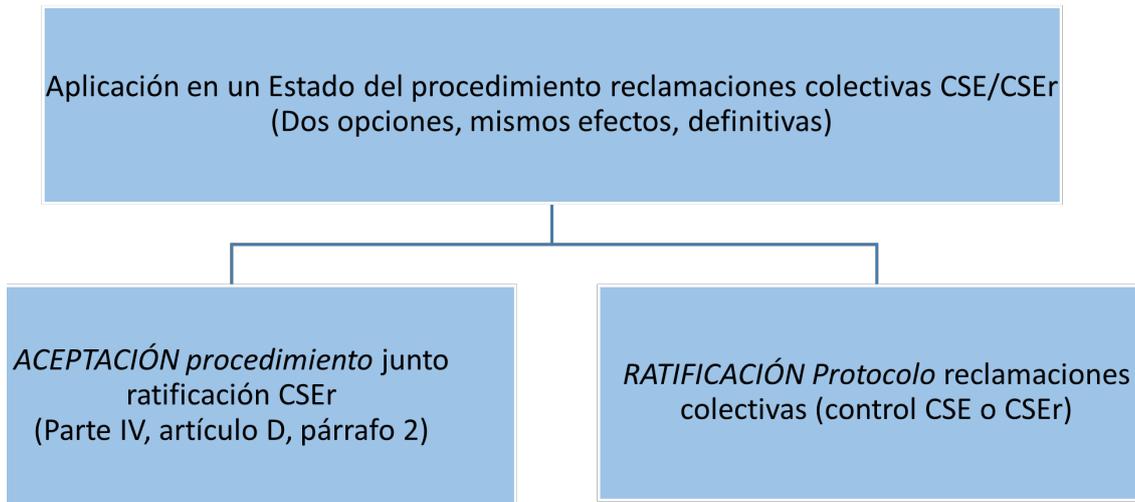


Tabla nº 3. Elaboración propia.

La excepción mencionada es España, el único que ha aceptado el procedimiento y ratificado el Protocolo regulador. La ratificación de los treinta y un derechos de la CSEr fue acompañada de la inserción de una declaración explícita de cinco líneas por las que se accedía a la monitorización por el CEDS¹³¹.

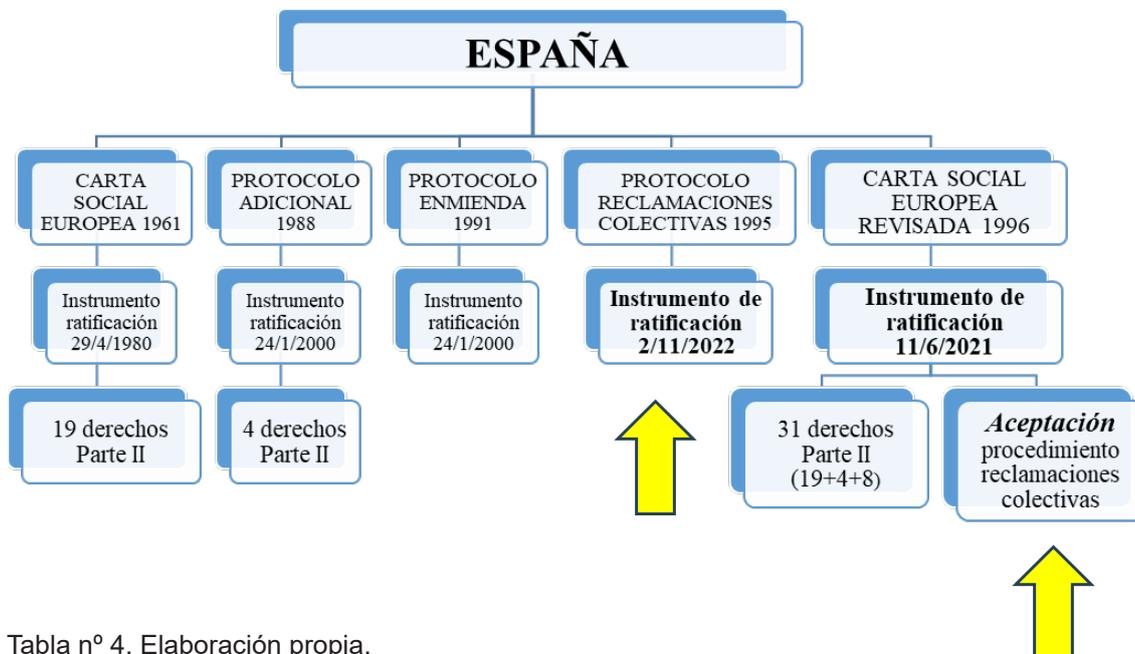


Tabla nº 4. Elaboración propia.

131 Se encuentra al inicio del documento y en el apartado relativo a Declaraciones y Reservas, con el siguiente tenor literal: “En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995”.

Sorprendentemente, el 4 de febrero de 2021 firmó en Estrasburgo el Protocolo de reclamaciones colectivas¹³² y el 28 de junio de 2021 se publicó en el BOE una “Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995”¹³³. Finalmente, el Instrumento de ratificación de 27 de octubre de 2022 se publicó en el BOE de 2 de noviembre de 2022¹³⁴. Esta segunda actuación era trivial. La razón se encontró rápidamente tras localizar en la ratificación la introducción de un inconcebible párrafo. Se trató de una Declaración, a propuesta del Ministerio de Justicia. Se centra en el Anexo a la CSEr, para interpretar literalmente el apartado relativo al ámbito de aplicación. Su finalidad es la de excluir de los derechos garantizados a los extranjeros que no se encuentren en situación regular, salvo que exista autorización previa y expresa por parte de las autoridades españolas en la que se especifique el alcance y forma en que dicha protección hubiera de ser garantizada.

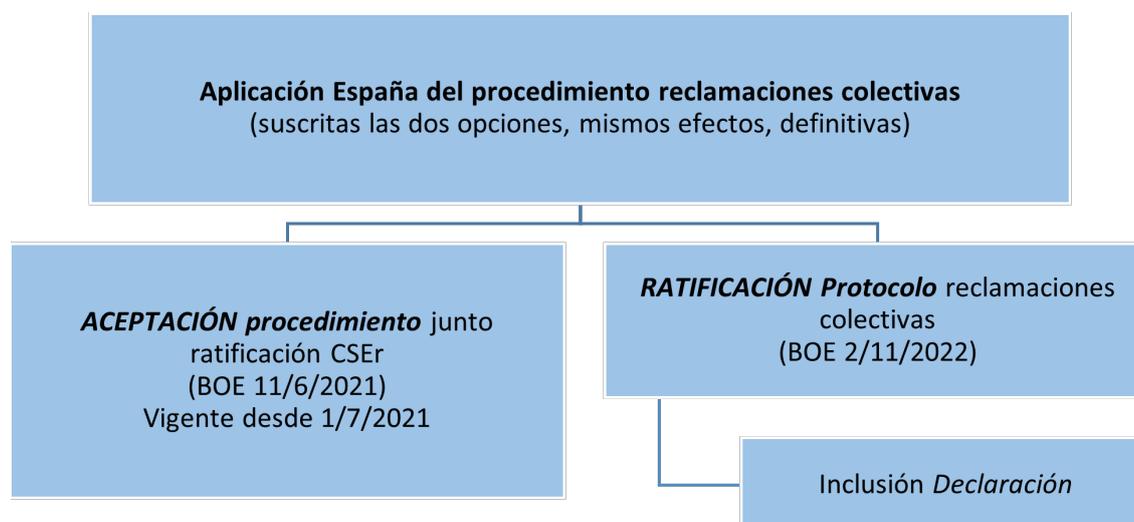


Tabla nº 5. Elaboración propia.

La interesada apreciación es errónea pues contrasta con la dilatada exégesis que sostiene el CEDS desde hace tiempo (*Observation interprétative sur le champ d’application personnel de la Charte*, Conclusiones 2004/XVII-1). Se particulariza en determinar su incompatibilidad con la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. El art. 31

132 [Noticia sobre la firma del Protocolo de reclamaciones colectivas.](#)

133 [Publicación al BOE sobre la Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea.](#)

134 [Publicación al BOE sobre el Instrumento de ratificación del Protocolo.](#)

dispone que la interpretación de los Convenios debe efectuarse conforme a la buena fe en correspondencia con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y según su objeto y fin. Emplazado igualmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986, su aprobación general lo instituyen, junto con el principio de *pacta sunt servanda*, en una de las dos normas imperativas aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional como regla que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (art. 53). Esa autoridad de *ius cogens* impera en cualquier instrumento normativo y lógicamente en las actuaciones de los poderes públicos¹³⁵.

Fácilmente se traduce en que esa obligada observancia se realizará de “manera franca, honesta y leal, evitando en todo momento subterfugios o tomar ventaja indebida del acuerdo”¹³⁶. No es incompatible con ciertas adaptaciones, en virtud de una concepción holística, pero sí lo es con su reemplazo.

Con referencia expresa a ese Anexo, ante supuestos planteados, su inflexibilidad ha sido representativa sobre tres puntos. En primer lugar, la primacía de esa regla transversal. En segundo lugar, la imposibilidad de derogación. Y, en tercer lugar, la consideración de la CSE como un tratado de derechos humanos, que da sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales que todo ser humano debe disfrutar (decisiones sobre el fondo de 8 de septiembre de 2004, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) contra Francia, reclamación colectiva n° 14/2003, 20 de octubre de 2020, Commission internationale de juristes (CIJ) contra la República Checa, reclamación colectiva n° 148/2017 o 26 de enero de 2021, Commission internationale de Juristes (CIJ) et Conseil européen sur les Réfugiés et Exilés (ECRE) contra Grecia, reclamación colectiva n° 173/2018). Por ello, es la interpretación teleológica la que debe seguirse como la más oportuna para alcanzar los desafíos y no la más limitada que puedan pretender las Partes (decisión sobre el fondo de 23 de octubre de 2012, *Défense des Enfants International (DEI)* contra Bélgica, reclamación colectiva n° 69/2011).

135 Es, en suma, una *lex superior*. Linderfalk, U., «The legal consequences of *jus cogens* and the individuation of norms», *Leiden Journal of International Law*, n° 33, 2020, pág. 893.

136 Novak, F., «La conducta ulterior de las partes como regla principal de interpretación de los tratados», *Revista Española de Derecho internacional*, vol. 71/2, 2019, Madrid, pág. 104.

2. 2. El Comité Europeo de Derechos Sociales y los mecanismos de supervisión

El órgano que tiene la facultad de resolver, es decir, de determinar la existencia de violación o de conformidad, es únicamente el CEDS. Así se denomina desde 1998. Sin lugar a duda es un órgano jurisdiccional, entendido el término *juris dictio* de interpretación auténtica del derecho que supervisa, explicarlo e imponerlo¹³⁷. Por tanto, el pronunciamiento se denomina jurisprudencia¹³⁸. Cuando condena, hay que perseverar, puesto que se utiliza como arma para reprochar y justificar insumisión que en su título no aparezca el término “tribunal”.

Su reglamento de funcionamiento (RCEDS) determina una composición de quince miembros de máxima integridad y aptitud reconocida en cuestiones sociales internacionales¹³⁹. Son elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un mandato de seis años, renovable una sola vez, de una lista que facilitan los Estados.

En el ejercicio de sus funciones, se comprometen a desempeñarlas con independencia, imparcialidad, disponibilidad y secreto de las deliberaciones, emitiendo solemnemente una declaración, en la primera reunión a la que asiste, previa al inicio de su actividad. En ningún caso pueden desarrollarla si desarrollan o les surgen otras que sean incompatibles. Un incumplimiento conlleva la rendición de cuentas frente al órgano.

Se organiza eligiendo un Presidente de entre sus miembros, uno o varios vicepresidentes y un ponente general, que conforman el *Bureau* en el seno del organismo. Su rol es el de garantizar la coherencia de las conclusiones y decisiones sobre el fondo de los diferentes preceptos y jurisprudencia ya emitida. El primero es elegido por mayoría absoluta. En el caso de no obtenerse, en una segunda votación será el más votado. De existir igualdad, el criterio será el de más antigüedad, que se computa desde el inicio de la primera elección, si existe renovación. Si esta es la misma, el de más edad, aplicable también respecto de la ordenación de todos los miembros.

Se reúne normalmente siete veces al año, en forma de sesiones. Las votaciones se resuelven por mayoría. El Presidente tiene atribuido un voto de calidad únicamente en las decisiones sobre el fondo.

137 Samboan, C., “The role of the European Committee for Social Rights (ECSR) in the european system for the protection of human rights. Interactions with ECHR jurisprudence”, *Perspectives of Business Law Journal*, 2013, nº 1, vol. 2, p. 229.

138 Como bien lleva defendiendo y argumentando Jimena Quesada desde hace décadas. Una ilustración en “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, Documentación Laboral, nº 125, 2022.

139 Normas del Comité Europeo de Derechos Sociales.

La atribución de resolver es advertida asiduamente, desde dos planos, el interno y el externo. En cuanto al primero, el art. 20 del RCEDS remarca que, en caso de intervenir subcomités, como así sucede en el sistema de informes, se delimita su actuación en el sentido de que únicamente preparan o elaboran proyectos de conclusiones y no deciden ni modifican jurisprudencia.

Por otro lado, respecto del segundo, es decir, la intervención de otros órganos del Consejo de Europa con posterioridad. Me refiero al Comité Gubernamental de la Carta Social Europea y del Código de Seguridad Social (CG), que referencio por la incorrecta ubicación que, en ocasiones, se le determina en este procedimiento, y principalmente al Comité de Ministros.

El primero de ellos está compuesto por un representante de los gobiernos de cada una de las Partes Contratantes y asistido por observadores que representan a los interlocutores sociales europeos (Confederación Europea de Sindicatos (CES), *Business Europe* y la Organización Internacional de Empleadores (OIE)). Escuetamente indicaré que, aun participando los procedimientos, no resuelve.

En lo que atañe al Comité de Ministros, su participación se origina en que el CEDS le remite la decisión. Debe quedar claro, y así se ha visto forzado a recordarlo, que “(...) la apreciación jurídica de la conformidad o no de la situación con la Carta corresponde únicamente a éste (...); el Comité de Ministros no ostenta la facultad de poner en entredicho la apreciación jurídica (...), sino solamente la de emitir o no una Recomendación al respecto dirigida al Estado afectado”. Añade que “(...) cuando decida hacer uso de esta facultad, puede ciertamente tener en cuenta consideraciones de orden económico y social en la motivación de la eventual recomendación, pero no puede poner en tela de juicio la apreciación jurídica” (*Confédération Française de l'Encadrement* «CFE CGC» contra Francia, reclamación n.º 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004). Es decir, es *trámite de ejecución*. Presenta la equivalencia con el aplicado a las sentencias del TEDH que, según lo dispuesto en el art. 54 del CEDH, al regular su fuerza obligatoria y ejecución, dispone que se transmitirán “(...) al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”¹⁴⁰.

Limitándose a su encargo, no debe ser enjuiciado negativamente. En ocasiones, progresos realizados por los Estados en observancia de decisiones sobre el fondo condenatorias han sido acogidos por su mediación. Ello sin obviar que el seguimiento de la decisión

140 Jimena Quesada, L., «La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales», AA.VV. Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (Dirs.), Tratado sobre protección de derechos sociales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 252 y ss.

corresponde al CEDS¹⁴¹. No obstante, la realidad prueba una marcada influencia política.

Tras la recepción, el Comité de Ministros, emite una resolución o una recomendación, dependiendo de si el pronunciamiento del CEDS es de no violación o de violación. La diferencia entre ambas reside en que, con la primera, se toma nota de la decisión y de las medidas anunciadas por el Gobierno demandado, sin que se inste a este a adoptar medidas concretas. Con la segunda la posición es más activa al integrar ese último requerimiento. Lamentablemente todo lo pronunciado hasta ahora han sido de la primera modalidad excepto un supuesto que se encuadra en las segundas (Recomendación n° R ChS (2001) 1, *Syndicat national des professions du tourisme* contra Francia, reclamación n° 6/1999)¹⁴².

Por consiguiente, claramente se perciben los diferentes roles. La posición suprema del CEDS se corrobora, además, en el margen de apreciación y ordenación del procedimiento, que se particulariza en cuatro exclusivas prerrogativas.

En primer lugar, puede alterar el orden en el que valorar las diferentes disposiciones alegadas de la manera que considere más pertinente, como así realizó en *The Central Association of Carers in Finland* contra Finlandia, reclamación n° 71/2011, decisión sobre el fondo de 4 de diciembre de 2012.

En segundo lugar, puede recalificar la reclamación en el sentido de considerar su examen respecto de un precepto diferente del establecido por el demandante. Es el caso de *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY)* contra Grecia, reclamación n° 66/2011, decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2012, que lo cambió del apartado 2 del art. 12 al tercero, *Syndicat de Défense des Fonctionnaires* contra Francia, reclamación n° 73/2011, decisión sobre el fondo de 12 de septiembre de 2012, pasando a examinar la situación dentro del art. 1.2 de la CSE (alegación art. 20 y E) o *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS)* contra Noruega, reclamación 120/2016, decisión sobre la admisibilidad de 18 de octubre de 2016, que determinó que debía adscribirse en el apartado 4 del art. 12 de la CSE y no en otros apartados del mismo precepto, al tratarse de protección de seguridad social de trabajadores españoles desplazados, que, sin embargo, desembocó en una inadmisibilidad.

141 Explica Jimena Quesada que desde el año 2015 el nuevo sistema de informes ha hecho emerger una especie de “competencia de la competencia” para que también sea el CEDS el que realice el seguimiento de las conclusiones. En “La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en la obra colectiva Fernández Casadevante Romaní, C. (Coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de fondo de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 136 y 137.

142 Sobre esta excepcionalidad unido al detalle en la redacción véase Churchill, R.R. y Khaliq, U., “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”, *European Journal of International Law*, 2004, n° 3, p. 442.

En tercer lugar, la discrecionalidad en la valoración de la prueba, invirtiendo la carga en materia de discriminación como destaca en, entre otras, *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales* (MDAC) contra Bulgaria, reclamación nº 41/2007, decisión sobre el fondo de 3 de junio de 2008.

En cuarto y último lugar, el análisis contextualizado de las situaciones y su compatibilidad con el tratado según los argumentos esgrimidos por los demandados para justificar determinadas normas o praxis. Numerosos son los ejemplos, teniendo como más cercanos los relativos a la adopción de medidas anticrisis para hacer frente al déficit del país, cumplimiento de una sentencia, mandato de otro organismo o razones de orden público. Ninguno de estos ha sido acogido normalmente y así lo remarca con frecuencia en el sentido de que los Estados pueden flexiblemente actuar, pues el tratado no impone un modelo único y uniforme. Al contrario respeta las particularidades¹⁴³ pero, en ningún caso, hay absoluta libertad, teniendo que conciliar todas las obligaciones adquiridas por el derecho internacional público, entre las que se insertan, garantizar un nivel de protección suficiente a los ciudadanos destinado a responder a sus necesidades sociales básicas¹⁴⁴.

Por ello, el CEDS evoca que, además de no tener plena autonomía el poder legislativo, menos puede dejar a otras instituciones internacionales que les determine un posible significado del argumento de garantizar el “orden público” que legitime restricciones de derechos, conforme al art. 31 de la CSEr, por mucho que éstas les apremien. En su implantación, es necesario que se adapten al objetivo perseguido, no se extralimiten y, en todo caso, se preserve un nivel de protección suficiente (*Confédération générale grecque du travail* (GSEE) contra Grecia, reclamación nº 111/2014, decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017).

2. 2. 1. El nuevo sistema de informes

En la Conferencia sobre la Carta Social Europea celebrada en Turín los días 17 y 18 de octubre de 2014 se adoptaron unos objetivos con el fin de revitalizar el compromiso de los Estados Parte con los derechos sociales consagrados en la CSE. Entre ellos, estaba la modernización del sistema de informes.

143 Brillat, R., «La Charte sociale et le système de protection des droits sociaux dans les sources européennes», en AA.VV., D’Amico, M. and Giovanni, G. (Dir.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 7.

144 Sutilmente recuerda Belorgey que se demanda a los países sinceridad. En “La Charte Sociale Européenne du Conseil de l’Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité Européen des droits sociaux : esquisse d’un bilan », *Revue trimestrielle des droits de l’Homme*, 2011, nº 88, p. 790.

Con la finalidad de materializarlo, el 7 de octubre de 2021, el Comité de Ministros creó un grupo de trabajo denominado GT-CHARTE al que encargó la elaboración de un informe para que estudiara los medios para mejorar en tres sentidos:

- a) La eficacia y el impacto del procedimiento de informes de manera que se reduzca la carga de trabajo de los Estados.
- b) El seguimiento por parte del CG y del Comité de Ministros de las conclusiones que elabore el CEDS.
- c) Las cuestiones relativas a la instrucción del procedimiento de reclamaciones colectivas, incluido el seguimiento por el CEDS y el Comité de Ministros de las decisiones sobre el fondo, habida cuenta de las competencias que el primero ostenta.

En la elaboración del documento se tuvo en cuenta las propuestas de la Secretaria General para mejorar la aplicación de los derechos sociales y reforzar el sistema de la CSE, presentadas públicamente el 22 de abril de 2021 (SG/Inf(2021)13) y las contribuciones del Grupo de expertos de Alto Nivel sobre los derechos sociales (*Le suivi des droits sociaux au Conseil de l'Europe: Les voies à suivre*, 19/3/2021), del CEDS (21/10/2021), del CG (11/5/2021), del Comité Director de Derechos Humanos (18-21 de junio de 2019)¹⁴⁵, así como de los interlocutores sociales y de la Conferencia de las ONG del Consejo de Europa.

Fue aportado el 1 de abril de 2021 al Comité de Ministros con el título *Borrador de una posible reforma del sistema de informes de la Carta Social Europea* (GT-CHARTE(2022)11¹⁴⁶). Este lo debatió en la sesión celebrada en Turín los días 19 y 20 de mayo de 2022. Aprobó las propuestas aunque integró algunas modificaciones incorporadas posteriormente y peticiones de las delegaciones estatales (CM(2022)67-final¹⁴⁷).

Entrando en el análisis de su contenido, que se aplica desde el 1 de enero de 2024, debe partir del *Informe consolidado* y de las *Propuestas operativas* complementarias acordadas el 27 de septiembre de 2022 (CM(2022)114-final¹⁴⁸). En ambos hay un elemento clave: responden a la demanda de los Estados de reforzar el debate y poner en práctica otros

145 Todas pueden consultarse en el documento GT-CHARTE(2021)4 *Compilation des propositions concernant les procédures de rapports et de réclamations collectives faites par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), le Comité européen des droits sociaux (CEDS), le Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne et du Code européen de sécurité sociale (CG), le Groupe d'experts de haut niveau sur les droits sociaux (SGAs) et la Secrétaire Générale (SG)*, 16 de noviembre de 2021.

146 *Esquisse d'une réforme possible de la procédure de rapports de la Charte sociale européenne/Outline of a possible reform of the reporting procedure under the European Social Charter*.

147 *Informe CM(2022)67-final*.

148 *Informe CM(2022)114-final*.

medios para mejorar la supervisión de la CSE. En este sentido, expresamente se indica como vía idónea para afrontar las situaciones que el CEDS detecte como problemáticas en su examen, impulsar “un diálogo constructivo (...) entre los órganos de control de la Carta (CEDS, Comité Gubernamental y, en última instancia, el Comité de Ministros) y las autoridades competentes de cada Parte Contratante o, en su caso, de un grupo (...) [de ellas]”. Para su realidad, se suscita que puede ser a iniciativa de uno de esos órganos o a petición de una Parte Contratante. En cuanto a su materialización, puede incluir solicitudes de información, intercambio de escritos o correspondencia o, si los interlocutores interesados están de acuerdo, reuniones y visitas a países. Así conceptúan que se evaluarán mejor las cuestiones controvertidas y sus posibles soluciones, pudiendo incluir la puesta en común de experiencias y buenas prácticas. Sobre esta novedad pongo de relieve dos aspectos. Por un lado, que ese diálogo es bienvenido, siempre que comprenda, desde su inicio, una consideración equivalente, es decir, y subrayo, la del valor y naturaleza jurídica del CEDS. Por otro lado, igualmente quisiera matizar, en virtud de algunas referencias que hay en ese texto, que la competencia de control es exclusiva del CEDS. Los otros dos órganos son de seguimiento.

En el desarrollo del nuevo sistema se han de distinguir dos tipos de informes: los estatutarios y los *ad hoc*. En cuanto a los primeros, regulados en el art. 21 de la CSE/C de la CSEr, el enfoque global o exhaustivo que regía hasta ahora, consistente en buscar información sobre cada disposición aceptada y responder a un número creciente de preguntas específicas, se cambia por uno más selectivo y preciso. Para ello, se dispone lo siguiente:

1) Los Estados Parte presentarán cada dos años un informe completo, preciso y actualizado. No abordará las situaciones durante un período de referencia pasado, sino que se centrará en la actual sobre las medidas adoptadas por los Estados Parte en respuesta a la misma. Ellos son libres de decidir la extensión, pero se permite orientar sobre la esperada o deseable para garantizar la coherencia y consistencia del sistema de presentación de informes.

2) Versará sobre las disposiciones de la CSE/Protocolo/CSEr que ahora pasan a dividirse en dos grupos. En concreto, este es el desglose (se realizan las referencias a los preceptos de la CSEr, para los Estados que no la tienen ratificada se ajusta respecto de la numeración de la CSE de 1961 y el Protocolo de 1988):

a) Primer grupo (50 disposiciones entre artículos y apartados): artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 28, 29.

b) Segundo grupo (48 disposiciones entre artículos y apartados): artículos 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 23, 26, 27, 30 y 31.

3) En cuanto al examen a efectuar, será el CG el que adoptará las cuestiones a realizar. Previamente serán definidas con el CEDS. El número máximo de temas o materias a examinar será de máximo doce. Únicamente cuando sea absolutamente necesario para una evaluación adecuada de la situación, el CEDS podrá, durante el desarrollo de su trabajo, dirigir un número limitado de preguntas específicas a un Estado parte (por ejemplo, aclaración).

4) El CEDS seguirá emitiendo conclusiones. Se abstendrá de realizar preguntas adicionales a contestar en el siguiente informe, salvo si el Estado no ha respondido, con el fin de no aumentar la carga de trabajo de los Estados.

5) Respecto de los Estados que han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas, el período bianual pasará a ser cada cuatro años. Este deberá tener en cuenta las disposiciones afectadas por las reclamaciones colectivas presentadas. No se solicitará hasta pasados dos años desde adopción de la recomendación del Comité de Ministros sobre la decisión en cuestión

6) Sobre el seguimiento, el CG deberá preparar los trabajos para que el Comité de Ministros emita recomendaciones. De esto se deduce que ya no habrá resoluciones. En el documento, en vista del nuevo rol adquirido, se le invita a que revise sus métodos de trabajo para garantizar la transparencia y aumentar la eficacia del seguimiento de las conclusiones. Para ello, debe establecer criterios claros para identificar y seleccionar las situaciones de incumplimiento más graves o urgentes. Toda propuesta motivada de recomendación se preparará en consulta con el Estado Parte interesado. Entre las consideraciones sociales, económicas y de otras políticas que el CG debe examinar, valorará, según proceda, cualquier medida adoptada, prevista o propuesta. En caso de incumplimiento reiterado, el Estado Parte que lo desee podría considerar la adopción de una hoja de ruta, estrategia o plan de acción, atendiendo a buenas prácticas o un diálogo con otros actores relevantes.

En lo que se refiere a los informes *ad hoc*, la reforma considera que, en el supuesto de surgir cuestiones decisivas o nuevas por evoluciones fácticas o crisis inesperadas, se puede invitar a los Estados a presentar este original tipo de informes para poder evaluar de forma inmediata. Sus características son las siguientes:

1) El tema será definido por el CEDS y el CG, y finalmente adoptado por este último.

2) El pronunciamiento no podrá ser objeto de conclusiones. En este sentido se precisa que el CEDS proporcionará una “apreciación general” de las situaciones encontradas y un “análisis jurídico general” desde el punto de vista de la CSE. Del mismo modo, se le permite incluir orientaciones globales, sobre la aplicación de la Carta y establecer los criterios que se han de aplicar para que la situación observe las condiciones de la CSE, pudiendo adoptar la forma de observaciones interpretativas.

3) En lo que atañe al seguimiento, debe, nuevamente, implicar un diálogo entre los Estados Parte (en el marco del CG), en el que participen las partes interesadas (interlocutores sociales y sociedad civil) con el fin de identificar las acciones que puedan ser necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta. El CG podrá proponer que se preparen directrices adicionales o recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros del Consejo de Europa bajo la autoridad del Comité de Ministros, de conformidad con el artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa.

El siguiente cuadro muestra cómo se desarrollarán:

Año	Presentación del informe	Conclusiones del CEDS
2023	Informe ad hoc	
2024	27 Estados presentan informes sobre el primer grupo de disposiciones	Análisis del Comité de los Informes ad hoc
2025	16 Estados que han aceptado reclamaciones colectivas presentan informes sobre el primero grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 27 Estados (primer grupo de disposiciones)
2026	27 Estados presentan informes sobre el segundo grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 16 Estados (primer grupo de disposiciones)
2027		Conclusiones del CEDS para 27 Estados (segundo grupo de disposiciones)
2028	27 Estados presentan informes sobre el primer grupo de disposiciones	
2029	16 Estados que han aceptado reclamaciones colectivas presentan informes sobre el segundo grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 27 Estados (primer grupo de disposiciones)

Año	Presentación del informe	Conclusiones del CEDS
2030	27 Estados presentan informes sobre el segundo grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 16 Estados (segundo grupo de disposiciones)
2031		Conclusiones del CEDS para 27 Estados (segundo grupo de disposiciones)
2032	27 Estados presentan informes sobre el primer grupo de disposiciones	
2033	16 Estados que han aceptado reclamaciones colectivas presentan informes sobre el primer grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 27 Estados (primer grupo de disposiciones)
2034	27 Estados presentan informes sobre el segundo grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 16 Estados (primer grupo de disposiciones)
2035		Conclusiones del CEDS para 27 Estados (segundo grupo de disposiciones)
2036	27 Estados presentan informes sobre el primer grupo de disposiciones	
2037	16 Estados que han aceptado reclamaciones colectivas presentan informes sobre el segundo grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 27 Estados (primer grupo de disposiciones)
2038	27 Estados presentan informes sobre el segundo grupo de disposiciones	Conclusiones del CEDS para 16 Estados (segundo grupo de disposiciones)

Los informes *ad hoc* ya son una realidad. Se ha decidido solicitar el primero sobre una materia esencial: el impacto de la crisis en el coste de la vida. La propuesta del CEDS al CG, que este último ha aceptado, se origina en que, desde finales de 2021, Europa ha experimentado un aumento muy significativo de los recursos básicos para vivir. La inflación ha alcanzado en muchos países niveles nunca conocidos en las últimas cuatro décadas afectando de manera desproporcionada a los hogares más vulnerables y con bajos ingresos. En muchos Estados Parte, los salarios no consiguen seguir el ritmo de ese índice y cada uno ha reaccionado de forma diferente. Esto ha derivado en que, en el conjunto de países del Consejo de Europa, la pobreza ha aumentado y el disfrute de los derechos

sociales que garantiza la CSE disminuido. El escenario es especialmente relevante en el caso de los derechos vinculados a la protección social (arts. 12, 13, 16, 30 y 31), el derecho de los trabajadores a una remuneración adecuada que les garantice, a ellos y a sus familias, un nivel de vida digno (apartado 1 del artículo 4), y los derechos de los grupos socialmente más frágiles (arts. 15, 17, 19 y 23).

Esta cuestión tiene un amplio alcance y una dimensión paneuropea. El Comité señala que persigue lo siguiente:

- a) Abordar un nuevo desafío, clave en materia de derechos contemporáneos, que beneficia al espacio del Consejo de Europa.
- b) Ofrecer una visión de conjunto [paneuropea] de las situaciones nacionales.
- c) Perfeccionar y desarrollar su análisis jurídico desde la perspectiva de la Carta.

Al elaborar las cuestiones, el CEDS se ha centrado en determinados aspectos de los preceptos aludidos, en particular, la renta y el poder adquisitivo. Destaca que el informe que emita no será específico de cada país (aunque puede referirse a la legislación y la práctica del Estado Parte) y no hará evaluación jurídica de la situación en los Estados Parte en relación con disposiciones específicas de la Carta. El procedimiento pretende recabar información con vistas a identificar elementos de buenas prácticas que el Comité podría luego utilizar para formular directrices para los Estados o interpretar disposiciones de la Carta. En consecuencia, los Estados Parte deben responder a todas las preguntas planteadas, independientemente de que haya aceptado o no la disposición pertinente de la Parte II de la Carta.

Las preguntas formuladas son las diez siguientes:

- 1) Si el salario mínimo legal se ajusta periódicamente al coste de la vida y, en caso afirmativo, de qué manera, especificando la fecha de la última revisión y, en particular, si se ha ajustado/indexado desde finales de 2021.
- 2) Las medidas adicionales adoptadas para preservar el poder adquisitivo del salario mínimo desde finales de 2021.
- 3) En el caso de Estados Parte que no tienen fijado un salario mínimo oficial, describir las medidas adoptadas para preservar el poder adquisitivo de los salarios más

bajos desde finales de 2021.

4) Indicar si la crisis del coste de la vida ha dado lugar a la ampliación de las prestaciones vinculadas al trabajo.

5) Facilitar información sobre los cambios introducidos en los sistemas de seguridad social y de asistencia social desde finales de 2021, incluyendo sobre sus cuantías y las condiciones de asignación de las prestaciones.

6) Informar sobre si las prestaciones y la asistencia de la seguridad social están indexadas al coste de la vida, con la fecha del último ajuste, así como respecto de las prestaciones que se conceden en sustitución de ingresos, como las pensiones.

7) Indicar si se han adoptado medidas especiales (subvenciones, ayudas o similar) desde finales de 2021 para garantizar que las personas puedan hacer frente a sus gastos energéticos y alimentarios.

8) Proporcionar información actualizada sobre las tasas de riesgo de pobreza de la población en su conjunto, así las de los niños, las familias en riesgo de pobreza, las personas con discapacidad y las mayores. Adjuntar la tendencia de los últimos cinco años, así como las previsiones para los próximos.

9) Comunicar las medidas para garantizar un enfoque coordinado para afrontar la pobreza, tal y como exige el artículo 30 de la Carta, y reducir el uso de la asistencia de último recurso, como los bancos de alimentos y los comedores sociales.

10) Explicar las vías de consulta a los más afectados por la crisis y/o las organizaciones que representan sus intereses, garantizando con ello su participación en el proceso de elaboración de medidas para responder a la crisis.

2. 2. 2. El procedimiento de reclamaciones colectivas

Se puede afirmar que este es el sistema de supervisión que aporta más significación a la Carta Social Europea. Sus principales características lo distinguen de entre todos los existentes en el panorama internacional. En estos momentos hay 242 reclamaciones colectivas presentadas, repartidas de la siguiente forma:

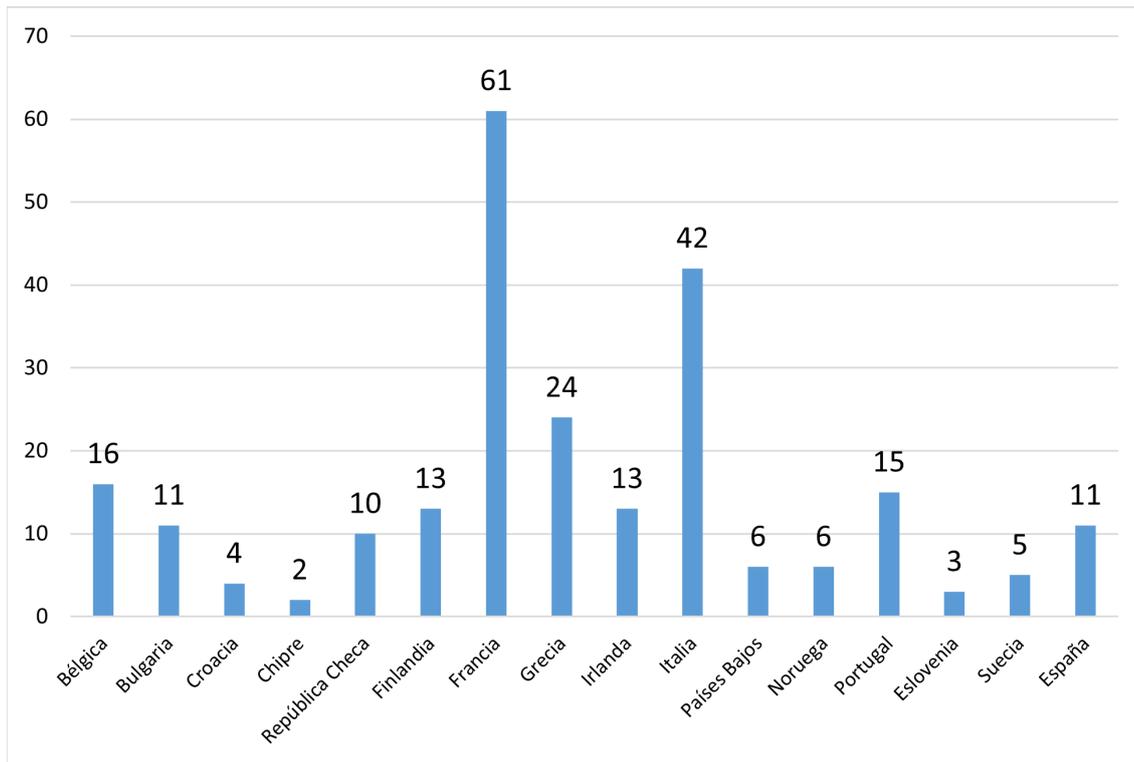


Tabla nº 6. Elaboración propia. Fuente: [procedimiento de reclamaciones colectivas](#), datos a 1/9/2024.

Los elementos singulares que deben ser considerados a efectos de comprender su instrucción son, en primer lugar, la posibilidad de instar directamente al CEDS sin necesidad de agotar los recursos jurisdiccionales domésticos. Es un rasgo indisponible para los Estados. Se les ha tenido que recordar frente a los intentos de que se inadmita una reclamación colectiva con esa alegación o llegando incluso a aprobar normativa interna opuesta. El CEDS puede valorar y examinar pronunciamientos de esas instancias, pero, en ningún caso, normativa reguladora que supedita las peticiones a ello (*Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES)* contra Francia, reclamación colectiva nº 26/2004, decisión sobre la admisibilidad de 7 de diciembre de 2004, y *Centre européen des droits des Roms* contra Bulgaria, reclamación colectiva nº 31/2005, decisión sobre la admisibilidad de 10 de octubre de 2005). Lo distingue de las demandas al TEDH, así como de las comunicaciones individuales al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En segundo lugar, tiene la condición de ser preventivo, pudiéndose iniciar sin necesidad de probar los efectos nocivos de la norma o práctica que se impugna ya que se trata de que se dictamine su conformidad o no con la CSE y no la materialización¹⁴⁹. Por ello, se ha

149 Brillat, R.: “[La Procédure de Réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne et la lutte contre la pauvreté](#)», en la obra colectiva Adriaenssens, G. et Lahbibl, V. (Coords.), *Pauvreté, Dignité, Droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*. Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, Bruxelles, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale Centre pour l'égalité

calificado de procedimiento “para todas las estaciones” por las diversas actuaciones que puede tener que afrontar el CEDS, de forma que puede sancionar un desfase entre ambas, es decir, la norma puede ser conforme y las praxis ser decepcionante, intolerable o irrisoria o una ausencia normativa, exhortando a los Estados a la regulación¹⁵⁰.

En tercer lugar, como su denominación indica, la reclamación tiene carácter colectivo, es decir, no se está ante un mecanismo que restablezca un derecho a una persona concreta. Este no es incompatible con la posibilidad de ilustrar la petición con supuestos particulares sobre los efectos de la norma o práctica general que se impugna (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH)* contra Irlanda, reclamación colectiva n° 42/2007, decisión sobre la admisibilidad de 16 de octubre de 2007).

No es condición *sine qua non* ser víctima directa de la vulneración que se denuncia, argumento que es invocado frecuentemente por los gobiernos para una pretendida inadmisibilidad (*Centre européen des Droits des Roms (CEDR)* contra Bulgaria, reclamación colectiva n° 46/2007, decisión sobre la admisibilidad de 5 de febrero de 2008, *Défense des Enfants International (DEI)* contra los Países Bajos, reclamación colectiva n° 47/2008, decisión sobre la admisibilidad de 23 de septiembre de 2008).

En cuarto lugar, el desarrollo del procedimiento transcurre por los principios elementales de contradicción, transparencia y participación, organizados principalmente de forma escrita.

Por lo que se refiere al primero, se constata en que, tras la admisibilidad de la reclamación colectiva, el CEDS solicita al estado demandado una memoria sobre el fondo del asunto. Tras su presentación, se transmite a la entidad reclamante para que proceda a replicar mediante aclaraciones o informaciones (art. 7.1) que, nuevamente, serán remitidas al demandado, otorgándole la posibilidad de una contrarréplica. Este intercambio de documentos puede ser un trámite breve pero también todo lo contrario. Si bien al principio la extensión temporal era algo inusual, pudiendo citar como ejemplo aislado *Fondation Marangopoulos pour les Droits de l’Homme (FMDH)* contra Grecia, reclamación colectiva n° 30/2005, en el que se contabilizan hasta ocho documentos, en la actualidad ya no es tan extraño superándose esa cifra en bastantes casos como así se puede constatar en *Groupe européen des femmes diplômées des universités (UWE)* contra Finlandia, reclamación colectiva n° 129/2016, en el que se ha llegado hasta a diez.

des chances et la lutte contre le racisme, 2008, pp. 75 y 76.

150 Belorgey, J.M., “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas”, en la obra colectiva Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L. (Dir.), *Tratado sobre protección de derechos sociales* Valencia, 2014, Tirant lo Blanch, p. 244.

Aunque esto genera un volumen de gestión y análisis considerable se debe valorar positivamente pues proporcionan mucha información sobre la cuestión controvertida.

No hay fijados unos plazos generales, por lo que se estará a los que en cada caso determine el CEDS. Tras estos intercambios, en principio esta fase del procedimiento se cierra, pero se puede admitir excepcionalmente, tras una solicitud motivada, la presentación de documentos adicionales.

En lo que atañe al segundo, se constata en la difusión en la web del Consejo de Europa de todos los documentos aludidos en las dos lenguas oficiales, salvo los anexos. Es posible que algunos, por su carácter confidencial, no sean publicados, como puede ser un listado de testigos (art. 37 RCEDS), deliberaciones del CEDS o borradores de decisiones.

Finalmente, en cuanto al tercero, se prevé que terceros, directa o indirectamente relacionados con el asunto, puedan intervenir, a través de la presentación de observaciones.

Existe la posibilidad de que excepcionalmente se organice una audiencia que, además de permitir una exposición pública de la reclamación colectiva, desarrolle un diálogo entre éste y las partes (art. 33 RCEDS). Puede ser acordada de oficio o a instancia de parte, teniendo el CEDS, en este último supuesto, la decisión de otorgarla o no. En principio, son públicas salvo que se decida lo contrario, invitando a todos los que están facultados a presentar observaciones.

En quinto lugar, se pueden requerir la adopción de medidas inmediatas. Reguladas en el art. 36 del RCEDS¹⁵¹, su finalidad, como fácilmente se deduce, es la de evitar daños o perjuicios irreparables, remarcando su carácter excepcional. Se inspiran en las medidas provisionales del art. 39 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en las medidas cautelares del art. 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵². Van más allá de su enfoque preventivo, puesto que pueden ser utilizadas para asegurar una mejor ejecución¹⁵³.

Se pueden acordar de oficio o a instancia de parte. En este último supuesto, la petición ha de ser motivada, debiendo concretar las razones, consecuencias a evitar y actuaciones

151 Traducción propia: "Las reclamaciones se registran en la Secretaría en el orden en que se reciben. El Comité tramita las reclamaciones en ese orden. Sin embargo, puede decidir tramitar una reclamación con prioridad".

152 En este sentido, Jimena Quesada, L., "La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales..." *op. cit.*, p. 142.

153 Jimena Quesada, L. "Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2012", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 22, 2013, p. 473.

específicas que se requiere para soslayarlas. Esta será trasladada al demandado para que presente una memoria.

En lo que atañe a su contenido, exhortan al demandado a que con urgencia se abstenga de determinada actuación o adopte la/s solicitada/s. El pronunciamiento se denomina expresamente *decisión sobre medidas inmediatas*.

En sexto lugar, en cuanto al coste, el procedimiento en sí es gratuito pero lógicamente, las entidades demandantes pueden tener un gasto en torno al mismo, como pueden ser el asesoramiento para redactar la reclamación colectiva o viajes a Estrasburgo en caso de que exista una fase oral. No se ha de confundir con una satisfacción equitativa equivalente a la del art. 41 del CEDH, prevista para los supuestos en que se resuelve con la existencia de violación ni de una sanción, inviable, al menos de momento.

En séptimo y último lugar, finalizada la instrucción del procedimiento, el ponente al que se adscribió la reclamación colectiva realiza una propuesta de decisión sobre la cuestión controvertida. Previamente ha sido deliberada con el resto de miembros en el transcurso de las sesiones. Las cuestiones que se debatan y los documentos relacionados con ella son confidenciales. No participarán en esta los miembros que hayan estado ausentes de la audiencia pública, de haber existido.

La decisión sobre el fondo se adopta por mayoría de sus miembros, votación en la que no participaran los miembros que no hayan formado parte de las fases esenciales de la deliberación (art. 34 RCEDS). Si hay igualdad de votos, el del Presidente tiene “privilegio”, es decir, voto de calidad. La denominación de este pronunciamiento como “recomendación” es un error originado en la confusión entre el trámite de decisión y el de ejecución.

El documento final detalla el procedimiento seguido, intervinientes, documentos aportados, es decir, cualquier circunstancia de su desarrollo. Se concluye con la existencia o no de violación de uno o varios preceptos. Se firma por el ponente, el Presidente y el Secretario Ejecutivo o su adjunto.

Conviene distinguir, por la particularidad que reviste, la notificación de la publicidad. La primera se efectúa respecto del demandante y demandado, los representantes de los Estados parte de la CSE, los Estados miembros del Consejo de Europa y el Comité de Ministros. De conformidad con el apartado 2 del artículo 8 del PRC, no se hará pública hasta que el Comité de Ministros haya adoptado una resolución o recomendación o, a más tardar, a los cuatro meses.

Como ha apuntado la doctrina más solvente, esta medida es “nociva” para el procedimiento, por su carácter anómalo, trascendiendo en la efectividad de los derechos, así como en el relativo a un proceso equitativo. Posiciona al gobierno en una situación privilegiada respecto de la demandante¹⁵⁴. Carece de sentido este plazo, cuando esa intervención posterior no aporta nada pues se limita a reiterar la decisión sobre el fondo, tomar nota de los argumentos del demandado (*prendre note/to take note*) y transcribir la expresión políticamente correcta de desear o abogar del demandado que corrija la situación (*appeller de ses vœux ou inviter/to look forward or to invite*).

3. Directrices fundamentales de interpretación

La significación de este Tratado se prueba en numerosos aspectos, de los que destaco unas líneas básicas en su implementación. Referenciaré las más relevantes.

En primer lugar, se ha precisado que es un instrumento *vivo*, destinado a hacer realidad determinados valores que le inspiran. Estos son, entre otros, la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad (*Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP)* contra Francia, Reclamación nº 2/1999, decisión sobre el fondo de 4 de diciembre de 2000 y *Organisation mondiale contre la torture (OMCT)* contra Italia, Reclamación nº 19/2003, decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2004).

En segundo lugar, no se está ante una norma estática y hermética al escenario en el que se desarrolla. Atiende al *contexto* en el que se aplica, su evolución, nuevos retos, así como otros instrumentos internacionales pertinentes (*Confédération Française de l'Encadrement* contra Francia, Reclamación nº 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004, y *Organisation mondiale contre la torture (OMCT)* contra Grecia, Reclamación nº 17/2003, decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2004).

En tercer lugar, su objetivo es el de proteger derechos *efectivos* y no meramente teóricos (*Commission internationale de Juristes (CIJ)* contra Portugal, Reclamación nº 1/1998, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 1999 y *Syndicat national des professions du tourisme* contra Francia, Reclamación nº 6/1999, decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000). Esto comporta que, en el caso de requerir a los países la adopción de iniciativas, no pueden limitarse a ser programáticas o declaraciones de buenas intenciones sino

154 Jimena Quesada, L., “La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales...” *op. cit.* p. 144 y Clauwaert, S., “The Charter's Supervisory Procedures”, en la obra colectiva Bruun, N., Lörcher, K., Schömann, I. and Clauwaert, S. (Eds) *The European Social Charter and the Employment Relation*, Oregon, 2017, Hart Publishing, p. 130.

concretas, de forma que permitan el pleno ejercicio de los derechos. Es decir, deben arbitrar recursos, medios y mecanismos de control reales (*Association internationale Autisme-Europe (AIAE) contra France*, Reclamación n° 13/2002, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003).

En cuarto y último lugar, la realización de determinados derechos debe observarse siguiendo una *progresividad*. Ese requerimiento es uno de los que más literatura ha generado en los últimos tiempos, puesto que el art. 12.3 de la CSE determina el compromiso de los Estados de esforzarse por elevar el nivel del régimen de seguridad social. Las reformas de pensiones, prestaciones y subsidios de los últimos años en la mayoría de países que tienen ratificado ese precepto han tenido que medirse al mismo.

Para su delimitación se ha señalado que deben constatarse mejoras frente a la situación anterior (Observación interpretativa Conclusiones III). Se admiten, en algunos casos, modificaciones del sistema de seguridad social con el objeto de su preservación (Observación interpretativa Conclusiones XIII-4). Por ello, se insta a que los informes nacionales comuniquen, entre otros aspectos, su contenido, motivación, ámbito, medidas alternativas para los afectados, valoración de los resultados, así como cifras concretas que muestren una garantía de las prestaciones, el avance demandado y el cumplimiento de los requisitos de las posibles restricciones según el art. 31.2 de la CSE (Observación interpretativa Conclusiones XVI-1).

4. Análisis jurisprudencial de la protección de los derechos laborales

4. 1. La protección frente al despido

4. 1. 1. La indemnización adecuada, la reparación apropiada y su función disuasoria

El CEDS comenzó a pronunciarse sobre la no conformidad de las indemnizaciones fijadas según un baremo en 2003, en las Conclusiones emitidas a Bulgaria. En virtud del art 344 del Código Laboral, un trabajador podía solicitar la anulación de un despido que considerara improcedente, su readmisión y una indemnización por el periodo durante el cual no estuvo empleado. Esta, calculada según el salario bruto, se limitaba a seis meses de salario (art. 225.1). Se reiteró en las Conclusiones de 2007, 2008, 2012 y 2016.

La misma razón conllevó que los siguientes países recibieran equivalentes reprobaciones: Finlandia, por fijar el máximo en 24 meses de salario y no permitir la reintegración del trabajador (Conclusiones de 2008, 2012, 2016 y 2018); Chipre, que lo determina en dos años de salario (Conclusiones 2008); Albania, un año de salario, además de no dar la opción de la reintegración como indemnización adecuada (Conclusiones 2008 y 2012); la República de Eslovaquia a doce meses (Conclusiones 2012); Armenia por fijar el tope entre dos y doce veces el salario medio (Conclusiones 2012); Turquía entre cuatro y ocho meses de salario (Conclusiones 2012 y 2020); Francia.

De forma complementaria se ha de tener en cuenta que la materia de las indemnizaciones con máximos se ha abordado en otras disposiciones. Es el caso del art. 4.3 de la CSE/CSEr, que garantiza el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo del mismo valor. La fijación de un baremo para reparar a los trabajadores despedidos por discriminación de género que puede, por consiguiente, no considerar todos los daños sufridos ni disuadir al empresario para que no persista en esas actuaciones ha conllevado a que en las Conclusiones de 2022 se haya emitido no conformidad a Bulgaria, Armenia y Alemania.

Las más recientes se localizan en las Conclusiones de 2023. En el examen de los arts. 8.2 (Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad) y 27.3 de la CSEr (Derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato), que recogen, respecto de sus respectivos ámbitos de aplicación, la protección contra el despido, se ha preguntado si habían fijados máximos. España ha recibido dos conclusiones de no conformidad. El Estado español no debe haberse sorprendido, pues ya había sido advertido en las Conclusiones de 2019, mediante una conclusión aplazada adoptada al examinar la primera de esas disposiciones -la segunda era la primera vez que se pronuncia, pues no estaba ratificada la CSEr-, que si no proporcionaba los datos que necesitaba el Comité para efectuar la monitorización, la conclusión pasaría a ser de no conformidad. Turquía ha recibido la misma reprobación en cuanto al art. 27.3 de la CSEr, además de Croacia y Azerbaiyán, estos dos últimos por no facilitar la información al Comité para efectuar la supervisión¹⁵⁵.

Ahora bien, las más conocidas son las seis decisiones sobre el fondo, que continúan y consolidan el criterio fijado anteriormente. Siguiendo un orden cronológico, son, explícitamente, las siguientes¹⁵⁶:

155 Salcedo Beltrán, C., "Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derecho Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2024, 14(1), 1-6.

156 Véase el pormenorizado estudio Salcedo Beltrán, C., *Indemnizaciones por despido improcedente*

1) La decisión sobre la admisibilidad y sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016, *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia, reclamación colectiva nº 106/2016. La entidad reclamante denunció dos puntos: la fijación de un máximo en la reparación por despido sin causa entre 3 y 24 meses (Capítulo 12, sección 2 de la Ley 55/2001, de la Ley reguladora de los contratos de trabajo [*Työsopimuslaki/Employment Contracts Act*] y la imposibilidad de que el juez pudiera determinar, como adecuada, la reintegración del trabajador.

El CEDS resolvió el 8 de septiembre de 2016, en una tramitación conjunta de la admisibilidad y del fondo. El 31 de enero de 2017 se hizo público que era incompatible con los requisitos del art. 24 de la CSEr. Para su argumentación evocó, en principio, su jurisprudencia previa, adoptada por la vía del sistema de informes, en la que había determinado que todo trabajador en caso de despido injustificado debía tener una “indemnización adecuada”. Esta expresión se traducía en, entre otros:

- a) El reembolso de las pérdidas económicas sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano al que se ha recurrido;
- b) La posibilidad de reincorporación y/o
- c) La compensación de una cuantía suficientemente alta para disuadir al empleador y compensar el daño sufrido por la víctima

En virtud de ello, si las indemnizaciones no eran proporcionales al perjuicio sufrido ni disuasivas, incumplían la CSEr. Si se sujetaban a baremos máximos para el perjuicio material, la víctima debía tener vías efectivas para exigir la reparación de otros daños.

Con base en esta exégesis, dos violaciones de la disposición se establecieron. La primera por la limitación de la indemnización prevista en la normativa, pues podía dejar situaciones en las que la concedida no reparara la pérdida sufrida. No permitió concluir en otro sentido la existencia de recursos jurídicos alternativos como la responsabilidad civil para ofrecer reparación en tales situaciones, ya que no era una vía oportuna ni efectiva. La segunda, por no permitir, de entre las modalidades apropiadas de reparación, la reintegración.

2) La decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* contra Italia, reclamación colectiva nº 158/2017. El 6 de octubre de 2017, se registró una reclamación colectiva contra Italia en la que el fondo del asunto

adecuadas, reparaciones apropiadas y su función disuasoria, Albacete, 2024, Bomarzo, pp. 1-264.

impugnaba la reforma adoptada por el Decreto legislativo nº 23 de 4 marzo 2015, relativo a las medidas en materia de contratos de trabajo indefinidos de “tutela creciente” [*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*]. La organización reclamante denunció la violación del art. 24 de la CSEr por los siguientes motivos:

a) El sistema que sanciona el despido improcedente introducido por el contrato de tutela progresiva, con un límite máximo preestablecido, es manifiestamente contrario a los principios consagrados en el precepto y en la jurisprudencia del CEDS. Este, basado únicamente en la antigüedad del trabajador despedido, es ajeno al perjuicio real sufrido, privando al juez de toda facultad de modular la sanción con otros factores para hacerla más adecuada. No observa los principios de adecuación, eficacia y disuasión de la sanción, que deben caracterizar las medidas de protección de los trabajadores en estos despidos.

b) La readmisión como forma de protección y reparación adecuada sólo se deja operativa para circunstancias perentorias que raramente se presentan. Esa protección se limita principalmente a los casos de despido discriminatorio o nulo por causas taxativamente previstas en la ley. En los casos de despido disciplinario, sólo es posible para empresas de más de 15 trabajadores y si se prueba un fraude de ley. La mera presencia de cualquier incumplimiento, aunque sea de escasa importancia, impide la aplicación de la protección que ofrece el restablecimiento y limita la indemnización del perjuicio sufrido con el tope. Por otra parte, esta se excluye expresamente para todos los despidos económicos y para los notificados en el marco de un procedimiento de despido colectivo. Por tanto, la ley impide al juez adoptar la vía de la readmisión como medio de reparación en caso de despido improcedente basado en cualquier tipo de falta, aun cuando ésta no sea manifiestamente idónea para justificar el despido y aunque esté sancionada con una medida cautelar por convenios colectivos. La misma restricción se aplica si el despido se notifica por causas económicas inexistentes. En estos casos, el legislador veta “a priori” al juez la posibilidad de valorar en función de otros factores como la situación económica real de la empresa, el comportamiento de las partes antes y después del despido, los elementos subjetivos relativos al trabajador, una evidente desproporción entre la sanción y el incumplimiento del trabajador.

c) Existe una diferencia de trato que expone a los trabajadores después del 7 de marzo de 2015 a un mayor riesgo de despido, ya que están menos protegidos, tanto en términos de readmisión como de indemnización. En efecto, el régimen aplicable a los trabajadores contratados antes de esa fecha permite una readmisión más amplia y, sobre todo, permite al juez tener en cuenta parámetros distintos de la antigüedad.

d) El sistema de prestaciones por desempleo, reformado paralelamente a la adopción de las disposiciones impugnadas (Decreto Legislativo nº 23/2015), también se basa en la antigüedad, lo que implica que un trabajador que no tenga mucha que sea despedido ilegalmente no solo recibirá una indemnización baja, sino que también percibirá una prestación por desempleo reducida y de corta duración. En cualquier caso, la duración de esta prestación oscila entre 6,5 semanas y 24 meses, y la cuantía, que es de un máximo del 75% del salario y tiene un tope de 1.300 euros, en cualquier caso, disminuye un 3% a partir del cuarto mes.

Los trabajadores despedidos ilegalmente a una edad avanzada, pero insuficiente para tener derecho a la jubilación, se ven especialmente penalizados por la insuficiencia de las indemnizaciones, unida a la ausencia de instrumentos de apoyo a los ingresos.

e) Las medidas impugnadas no se adoptaron en un contexto de grave crisis económica y financiera y, aunque se presume que fomentan el crecimiento del empleo, la CGIL considera que, a la vista de las estadísticas de empleo desde la entrada en vigor, no existen pruebas de que una normativa menos protectora en materia de despido conduzca al crecimiento del empleo. Por consiguiente, la restricción de un derecho fundamental de los trabajadores no es proporcionada al objetivo perseguido y, por lo tanto, no está justificada en virtud del artículo G de la Carta.

En el examen que realizó el CEDS observó las modificaciones legislativas, las opciones de indemnización y reparación, las vías extrajudiciales y la judicial. Sobre las primeras puntualizó algunos aspectos en el sentido de que “Si bien el objetivo de descongestionar los órganos jurisdiccionales nacionales mediante el recurso a soluciones extrajudiciales no es en sí contrario a la Carta, (...) ello no debe ir en detrimento de los derechos subjetivos garantizados [por el tratado]”.

Respecto de las segundas consideró que no tiene un verdadero efecto disuasorio sobre el despido ilegal “en la medida en que, por una parte, el importe neto de la indemnización por daños materiales no es significativamente superior al previsto en caso de conciliación y, por otra, la duración del procedimiento beneficia al empresario, dado que la indemnización en cuestión no puede superar los importes preestablecidos (limitados a 12, 24 o 36 mensualidades según los casos, 6 para las pequeñas empresas). El resultado puede ser insuficiente en relación con el perjuicio sufrido”.

En cuanto a alegaciones gubernamentales indicó que “no existen pruebas concluyentes de que realmente permitan obtener una indemnización adicional de forma generalizada”.

Por todo ello, concluyó con la decisión de fondo adoptada el 11 de septiembre de 2019, publicada el 11 de febrero de 2020, que había violación del art. 24 de la CSEr por no permitir una “indemnización adecuada, proporcionada al perjuicio sufrido y susceptible de disuadir del recurso al despido ilegal”.

Se ha de apuntar que, si bien el sindicato realiza a lo largo de la reclamación colectiva, alusiones a las limitaciones del juez para adoptar la reintegración del trabajador con la nueva normativa, el CEDS no se pronunció sobre este aspecto porque en la petición se le indica que declare que “la normativa italiana en materia de despidos individuales en el sector privado introducida por el Decreto Legislativo no 23/2005, es contraria a lo dispuesto en el artículo 24 de la CSEr en la medida en que, en caso de despido improcedente, prevé un «sistema de protección con un límite máximo que no guarda relación con el perjuicio efectivamente sufrido por los trabajadores y que no presenta ningún carácter disuasorio y efectivo”.

3) La decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2022, *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) y Confédération générale du travail (CGT)* contra Francia. Se origina en dos reclamaciones colectivas la nº 160/2018, el 12 de marzo de 2018 y la nº 171/2018, el 7 de septiembre de 2018, que se acumularon. Se impugnó la modificación legislativa incorporada en el Capítulo II el art. L1235-3 y 5 relativo a la reparación en caso de despido sin causa real y grave del Code du Travail. Tras la reforma, respecto del art. L 1235-3, el juez sigue manteniendo la potestad de la opción entre readmisión o indemnización. El cambio se produce en la cuantificación de la última, que se debe sujetar a los baremos que se muestran a continuación, en los que la novedad reside en la determinación de máximos, dependiendo de dos parámetros: el tamaño de la empresa y la antigüedad del trabajador.

El CEDS condenó por unanimidad. Se trata de una actuación coherente, teniendo en cuenta que, previamente, ya había resuelto sobre esta materia tanto por el sistema de informes como por el de reclamaciones colectivas. Lo prueba que hay un análisis detallado del supuesto de hecho y el fallo son 4 páginas de 43 pues transcribe en la argumentación jurídica la jurisprudencia previa por la similitud.

En la reclamación colectiva se alegó también que se declarara el incumplimiento del derecho a un recurso efectivo. El CEDS estimó que ese punto se examina junto con el relativo al de la indemnización, sin necesidad de hacerlo separadamente.

En la resolución, comienza por señalar que un sistema de indemnización por despido injustificado es compatible con la CSE si prevé (con remisión a las dos decisiones sobre el

fondo anteriores y a conclusiones ya emitidas):

- a) Una compensación de las pérdidas económicas entre la fecha del despido y la sentencia del órgano que la determina.
- b) La reincorporación del trabajador; y /o
- c) Una indemnización de una cuantía lo suficientemente elevada que, al mismo tiempo, disuada al empleador y repare el daño que ha sufrido la víctima. Esta debe ser proporcional a esos parámetros. La existencia de topes que no permitan valorarlos no son compatibles con el art. 24 de la CSEr.

Con esta premisa, procede a estudiar el caso presentado. Se concentra en el tercero de los puntos anteriores. En cuanto al primero, estima que entra dentro de la valoración que realizará en el último. En lo que respecta al segundo, indica que un tribunal francés tiene disponibilidad para optar en este tipo de despidos injustificados entre la reincorporación, con todos los derechos adquiridos, o la indemnización. Si una de las partes se opone, el órgano fijará una indemnización. Si se trata de un despido nulo, el juez puede ordenar al empresario, aunque se oponga, la readmisión. Si el trabajador es el que no desea volver a la empresa o esto es imposible, nuevamente establecerá una indemnización.

El CEDS recuerda que “aunque el art. 24 no haga expresamente referencia a la reincorporación, se refiere a una indemnización o a cualquier otra reparación apropiada”. Considera que en esta última expresión debe incluirse la readmisión como una de las formas de reparación que las *jurisdicciones* internas deben tener a su disposición, es decir, les corresponde a un juez o tribunal decidir en cada caso la solución más oportuna. En este aspecto la normativa francesa es conforme con la CSE.

En lo que atañe a las indemnizaciones en los casos de despido improcedente son una medida de reparación admisible. Ahora bien, este organismo insiste en su jurisprudencia precedente en el sentido de hay que analizar su cuantía. Se recuerda que en la decisión sobre la admisibilidad y sobre el fondo de Finlandia, consideró que un límite máximo de 24 meses era insuficiente reparación. Si se compara con la escala de la legislación francesa, se ha fijado en 20 meses y sólo para los supuestos de 29 años o más de antigüedad. Es más, esta es menor para los que llevan menos tiempo en la empresa y para las que tienen menos de 11 trabajadores.

Por añadidura, el CEDS aprecia que la “previsibilidad” resultante de la horquilla puede constituir un incentivo para que el empleador despidiera injustamente a los empleados, que incluso le podría llevar a un análisis de coste-beneficio a la hora despedir. Esos topes

impiden valorar a los jueces la situación personal del trabajador y circunstancias que pueden ser relevantes en la valoración de la situación de determinados empleados.

Por todo ello, el CEDS considera que ese aspecto de la reforma laboral francesa conlleva unas compensaciones que no son lo suficientemente altas para reparar el daño sufrido por la víctima y, al mismo tiempo, ser disuasorias para el empleador. El juez tiene un margen de maniobra muy limitado en el examen en esta modalidad de despidos. Por esta razón, no son reparadoras y violan el apartado b) del art. 24 de la CSEr.

4) La decisión sobre el fondo de 5 de julio de 2022, *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse* contra Francia. Esta resolvió la reclamación colectiva nº 175/2019, incoada por el *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse*. El CEDS reprodujo la fundamentación jurídica y obviamente la violación.

5) La decisión sobre el fondo de 19 de octubre de 2022, *Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube* contra Francia. La tercera y última contra este país resolvió dos reclamaciones colectivas acumuladas, la nº 181/2019 y la nº 182/2019 presentadas por el *Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube* y por el *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse*.

Las organizaciones alegaban la violación de los arts. 2, 24, 25 y 29 de la CSEr por las modificaciones incluidas por el Decreto [*Ordonnance*] nº 2017-1387 relativo a la previsibilidad y la protección de las relaciones de trabajo [*relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*].

Limitándome al art. 24 de la CSEr se alegaba respecto de los motivos que justifican los despidos económicos, según la redacción del art. L.1233-3 del Código de Trabajo [*Code du Travail*]. El Comité consideró que no había vulneración del art. 24 a) de la CSEr, ya que la necesidad de que para despedir exista “una causa real y grave” se corresponde con la condición de que exista una causa válida. Los determinados por la legislación francesa para este tipo de despidos, que están controlados por el juez, se corresponden con los requerimientos del tratado.

Siguiendo con la misma reclamación colectiva, se denunció violación del art. 24 b) de la CSEr. Presenta la particularidad de que no estaba en el texto inicial, sino que se añadió en la réplica a la memoria del Gobierno sobre el fondo, de 20 de noviembre de 2020, es decir, con la instrucción ya iniciada, para añadir la cuestión relativa a las anteriores reclamaciones colectivas sobre la indemnización adecuada en caso de despido ilegal y el derecho a la

reintegración, indicando que la legislación francesa es equivalente a la que se examinó sobre Finlandia. Sobre el último punto indicado el CEDS “observó que la readmisión es una de las posibles vías de recurso previstas por la legislación francesa”. En virtud de ello, “mientras exista la posibilidad de que los trabajadores despedidos pueden ser readmitidos en el mismo puesto o similar, la situación es compatible con el artículo 24.b de la Carta”.

Sobre las indemnizaciones, el Comité reproduce la jurisprudencia de las dos decisiones sobre el fondo anteriores, en el sentido de que los límites fijados en el art. L.1235-3 del Código del Trabajo no eran “lo suficientemente elevados para indemnizar a una víctima por el perjuicio sufrido y para actuar como elemento disuasorio para el empresario. Además, los tribunales tienen poco margen de maniobra para decidir sobre el fondo del asunto examinando las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por esta razón, el perjuicio real sufrido por el trabajador afectado, vinculado a las características individuales del caso, puede no tenerse suficientemente en cuenta y, en consecuencia, no ser indemnizado”. Es por este motivo que resuelve que hay violación del art. 24 b) de la CSEr.

6) La decisión sobre el fondo de 28 de marzo de 2024, *Unión General de Trabajadores* contra España. Es el último pronunciamiento adoptado, publicado el 29 de julio de 2024. El sindicato alegó que la legislación española sobre despido improcedente de los arts. 56 del ET y 110 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) es contraria al artículo 24 de la CSEr. Considera que el sistema de cálculo predeterminado, que no permite modular la indemnización legalmente tasada en virtud del daño sufrido, no es reparador, adecuado ni disuasorio para el empresario.

El CEDS resolvió que había violación del art. 24 b) de la CSEr ya que los límites máximos fijados por la legislación española no son lo suficientemente elevados como para compensar el perjuicio sufrido por la víctima en todos los casos y actuar como elemento disuasorio para el empresario. Existe la circunstancia del perjuicio real sufrido por el trabajador afectado, vinculado a las características específicas del caso, no se tenga debidamente en cuenta, aunque sólo sea porque la posibilidad de obtener una indemnización adicional es muy limitada.

4. 1. 2. Extinción relación laboral y jubilación

La jurisprudencia que lleva emitida el CEDS sobre esta cuestión es categórica al establecer que los despidos fundamentados en la edad son discriminatorios, salvo si se argumentan en motivos recogidos en el art. 24 de la CSEr, entre los que no se encuentra ese supuesto

(Observación interpretativa conclusiones 2007 y 2012 art. 24 CSEr y Anexo de la CSEr).

Destaca la decisión sobre fondo *Fellesforbundet for Sjøfolk* contra Noruega el 2 de julio de 2013, originada en la reclamación nº 74/2011. El objeto de impugnación por parte del sindicato trataba de la obligación de jubilarse a los marineros a los 62 años, frente a la determinada, con carácter general, a los 70 años, con la excepción de determinadas profesiones a los 65 años.

Al resolver la reclamación, se determinó la existencia de violación, sin que el acceso a una pensión fuera apreciado como criterio que legitimara una solución inversa. De forma novedosa, consideró aplicable al supuesto también el art. 1.2 de la CSE, que recoge el derecho de un trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, en el que se interpreta que se prohíben las discriminaciones directas o indirectas que puedan surgir en todo momento durante la relación laboral, incluido el despido. Una normativa en ese sentido impide injustificadamente seguir ejerciendo libremente una profesión, sin que, además, alegaciones de seguridad marítima y salud laboral se consideren lo suficientemente solventes para resolver en sentido contrario¹⁵⁷.

En el seguimiento efectuado en el año 2016 por el CEDS del cumplimiento de la decisión de fondo, el Gobierno comunicó la derogación de la previsión así como la reforma de la normativa reguladora del trabajo marítimo que la fijaba a partir de ese momento en 70 años, equiparándola a los que trabajan en el sector petrolero o aéreo. Excepcionalmente se autoriza una jubilación obligatoria a una edad inferior siempre que se justifique objetivamente, sea necesaria para el puesto de trabajo y no suponga una intromisión desproporcionada. Se informa que el límite de edad general a partir del 1 de julio de 2015 es de 72 años¹⁵⁸.

157 JIMENA QUESADA, L., “Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2013”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 22, 2013, p. 468.

158 Salcedo Beltrán, C., “La contribución del Consejo de Europa a la protección jurídica de las personas de edad avanzada”, en la obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019, vol. 2, 2019, Murcia, 2019, Laborum, pp. 277-296.

El CEDS tomó nota de esas modificaciones pero manifestó expresamente “no tener claro” si la diferencia de tratamiento que continua existiendo está fundada en perseguir un fin legítimo así como su objetividad y razonabilidad. Por ello, solicitó información adicional en ese sentido para ser valorada en el siguiente seguimiento a realizar en el año 2017 (*Evaluation du suivi Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) contre Norvège, Réclamation Collective* nº 74/2011, 7 de julio de 2016. Llegado el momento no se presentó, instándole, de nuevo, a que lo haga en octubre de 2019 *Deuxième évaluation du suivi: Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) contre. Norvège, réclamation* nº 74/2011, 13 de septiembre de 2017.

4. 2. Conclusiones 2022 sobre los derechos relacionados con el trabajo

El 22 de marzo de 2023 se publicaron las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales correspondientes al año 2022. En esta ocasión se ocupaban del Grupo 3 de preceptos, que comprende los derechos laborales.

En concreto, comprende los nueve siguientes:

- a) Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2 CSE/CSEr).
- b) Derecho a una remuneración equitativa (art. 4 CSE/CSEr).
- c) Derecho sindical (art. 5 CSE/CSEr).
- d) Derecho a la negociación colectiva (art. 6 CSE/CSEr)
- e) Derecho a la información y a la consulta (art. 21 CSEr/art. 2 del Protocolo de 1988).
- f) Derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo (art. 22 CSEr/art. 3 del Protocolo de 1988).
- g) Derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26 CSEr).
- h) Derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28 CSEr).
- i) Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29 CSEr).

El CEDS emitió en total 611. De estas 255 son de conformidad (41.73%), 243 de no conformidad (39.77%) y 113 son aplazadas (18.49%) ante la imposibilidad de poder pronunciarse con la escasa o nula información suministrada. Un balance de los últimos cuatro períodos supervisados permite afirmar que respetar los derechos sociales, en los términos recogidos en la CSE, en cualquiera de sus versiones era y siguiendo algo un reto pendiente.

Entrando en el detallado análisis de las inobservancias, la ilustración se inicia con el art. 2 de la CSE/CSEr, que garantiza el derecho a unas condiciones equitativas. Se estructura en 7 apartados. Los 56 incumplimientos se distribuyen entre los siete apartados.

La aceptación del apartado primero conlleva la obligación de los Estados de fijar una duración razonable del horario de trabajo, diario y semanal. Deberían reducir progresivamente la extensión de la última, siempre que la productividad y otros factores lo

permitan. En este sentido, el CEDS demandó información sobre el marco jurídico existente, para comprobar si se cumple lo exigido, qué excepciones hay reguladas, los dispositivos de control, las actuaciones de las autoridades públicas dirigidas a que se cumplan, las medidas correctoras en los sectores caracterizados por tener una actividad específica, así como el derecho y la práctica de los periodos de guardia no presenciales. Adicionalmente, también requirió sobre el impacto negativo de la crisis de la COVID-19 en este escenario.

En catorce supuestos se ha considerado que la situación era de no conformidad por los motivos siguientes:

- a) La normativa no garantiza el derecho a una duración razonable del trabajo semanal para ciertas categorías de trabajadores (Malta).
- b) En determinados empleos, la jornada diaria puede superar las 16 horas e incluso alcanzar las 24 horas (Polonia, Armenia, Estonia y Hungría) o 19 horas (Finlandia), y la semanal las 60 horas (España, Albania, Turquía) o 72 horas (Hungría).
- c) Los períodos de guardia durante los cuales ningún trabajo efectivo se realiza son asimilados a tiempo de descanso (Francia, Polonia y Serbia).
- d) La inexistencia de período de referencia en los acuerdos de flexibilidad sobre el tiempo de trabajo (Bosnia-Herzegovina) o, de existir, puede ser ampliado más allá de los 12 meses (Hungría) o, durante la pandemia, a 24 meses, por decisión unilateral del empresario (Hungría).
- e) El tiempo de trabajo se calcula según un parámetro anual muy elevado (Francia).
- f) La ausencia de una autoridad que controle los límites diarios y semanales de la jornada (Georgia).

En el marco de este apartado, se emitió un Voto particular discrepante sobre el examen efectuado de las guardias de localización no presencial. Este se argumenta en jurisprudencia ya emitida sobre la materia, principalmente en el criterio interpretativo adoptado en cuatro decisiones sobre el fondo: *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC* contra Francia, reclamación colectiva nº 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004; *Confédération Générale du Travail (CGT)* contra Francia, reclamación colectiva nº 22/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2004; *Confédération Générale du Travail (CGT)* contra Francia, reclamación colectiva nº 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2020; *Confédération Générale du Travail (CGT)* y *Confédération Française de l'encadrement-CGC (CFE-CGC)* contra Francia, reclamación colectiva nº

149/2017, decisión sobre el fondo el 19 de mayo de 2021¹⁵⁹. De estas se desprende que el CEDS se ha centrado en las guardias localizadas no presenciales, para decidir si se cumple o vulnera el artículo 2.1 de la CSE/CSEr, en dos puntos concretos:

1) Por una parte, en el abono al trabajador de una compensación, ya sea económica (plus) o con descanso, con el objetivo de compensar el impacto sobre la capacidad para organizar su vida privada y gestionar su tiempo personal de la misma manera que si no estuviera de guardia.

2) Por otra parte, en el impacto en los períodos mínimos de descanso diario y/o semanal que todos los Estados deben respetar y de los que todos los trabajadores deben beneficiarse.

El Voto acentúa esos dos efectos, que inciden en elementos diferentes de la relación laboral (salario y períodos mínimos de descanso). El motivo no es otro que el de ilustrar la tendencia de los Estados de unirlos, de modo que el pago de una gratificación es el único remedio más habitual (compensación del primer efecto) y la asimilación legal del periodo de guardia sin intervención a tiempo de descanso (es decir, no tiene ninguna consideración en relación con el segundo efecto). Esa integración es la que las cuatro decisiones sobre el fondo antes citadas, que son contra el mismo país, es la que produjo el resultado de violación del art. 2.1 de la CSEr. Aunque el artículo L3121-9 del *Code du Travail* establece que "el período de guardia localizada se compensará, bien económicamente, bien en forma de descanso", el hecho de tenerlo en cuenta, si no hay intervención, en el cómputo del período mínimo de descanso diario desvirtuaba la segunda condición establecida.

Con esta exégesis consolidada, el Comité requirió a los Estados que declararan si las guardias localizadas, en caso de no intervenir el trabajador, son tiempo de descanso o tiempo de trabajo. Gran parte de los informes estatales no respondieron de forma afirmativa en el sentido de que "el tiempo de guardia es tiempo de trabajo o tiempo de descanso". En su lugar, estratégicamente lo hicieron de forma negativa, es decir, que "no se consideraban tiempo de trabajo". La mayoría de los miembros del Comité estimó que no hay contestación y, por tanto, aplazó esas conclusiones.

La opinión discrepa, en primer lugar, sobre la valoración de esas respuestas. Estima que hay información suficiente sobre los marcos legislativos vigentes. Entiende que carece

159 Véase Salcedo Beltrán, C., "Las guardias de disponibilidad no presencial a examen según la Carta Social Europea: la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 19 de mayo de 2021, Confederación General del Trabajo (CGT) y Confederación Francesa de Directivos-Confederación General de Ejecutivos (CFE-CGC) contra Francia", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 56, 2022, pp. 232-263.

de sentido aplazar la conclusión. La respuesta negativa "el servicio de guardia localiza no es tiempo de trabajo" legitima una conclusión de no conformidad, en aplicación de la jurisprudencia del Comité ya adoptada.

En segundo lugar, previene de las consecuencias de esas demandas formalistas textuales que anima a los Estados a no facilitar la información en términos exactos y a sacar provecho de una actitud que, además, no cumple con una obligación que conocen perfectamente cuando ratifican el tratado.

En tercer lugar, recuerda que la exégesis de la CSE/CSEr va más allá de una interpretación literal. Debe hacerse de buena fe y conforme al sentido corriente que se deba atribuir a sus términos, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

En cuarto lugar, el requerimiento ya se había realizado anteriormente y más de una vez (Conclusiones 2018, Conclusiones XXI-3, Conclusiones 2014, Conclusiones XX-3).

Habida cuenta de estos argumentos, el Voto se concretó, por una parte, en determinar conclusiones de no conformidad -aplazadas por el CEDS- respecto de Alemania, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, España, Finlandia, Italia, Lituania, Macedonia del Norte, Malta, Montenegro, Albania, Estonia, Georgia, Hungría, Irlanda, Letonia, la República de Moldavia y la República Eslovaca.

Correlativamente, el desacuerdo se emitió también de cuatro conclusiones de conformidad "general" en cuanto a Andorra, Grecia, Luxemburgo y Rumanía.

Finalmente, la divergencia llega incluso a ser coherente y no compartir la conclusión de incumplimiento respecto a Armenia. Este país declaró que el tiempo en el domicilio, sin intervención, se valoraba igual al menos a la mitad del tiempo de trabajo (art. 149 del Código Laboral). Esa regulación legal está conforme con la jurisprudencia del Comité y, por tanto, considera que la conclusión debería haber sido de conformidad con independencia de la reprobación sobre el tiempo de trabajo diario de determinadas categorías de trabajadores.

El siguiente apartado a detallar es el segundo de la misma disposición. Ordena el derecho de los trabajadores a días festivos pagados, además del descanso diario y semanal. Estos pueden ser precisados por ley o convenio colectivo. De 30 situaciones examinadas, en 9 la conclusión ha sido de no conformidad siendo la mayoría por no garantizar o no remunerar de forma adecuada el trabajo realizado en días festivos (Bosnia-Herzegovina, Georgia, Italia, República de Moldavia, Portugal, Francia, Serbia, Reino Unido y Grecia).

El párrafo tercero del art. 2 dispone el derecho a vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas o 20 días laborables como mínimo. De 27 situaciones examinadas, 7 conclusiones son de no conformidad, con los siguientes fundamentos:

- a) La posibilidad de que los trabajadores puedan renunciar a su derecho a vacaciones a cambio de una compensación económica (Albania y Grecia)
- b) No se preserva el derecho a tener dos semanas de vacaciones ininterrumpidas (Albania, España y Hungría).
- c) La pérdida de los días de vacaciones si los trabajadores sufren una enfermedad o accidente durante las mismas (Grecia y Bélgica).
- d) La posibilidad de aplazar los días de vacaciones no disfrutados al año siguiente (Irlanda).

En el examen del apartado 4 del art. 2, el CEDS clarifica que en la redacción según la CSE de 1961 y la versión revisada hay diferencias al reflejar una evolución. En el momento en que el primer texto se elaboró la duración del trabajo o las políticas de seguridad y salud estaban guiadas a compensar el trabajo y no a prevenir. Desde entonces, este último espíritu se ha convertido en la prioridad, exigiendo la eliminación de los riesgos y, en caso de no ser posible, reducir las horas de trabajo semanales y diarias, es decir, el tiempo de exposición. Se han resuelto 9 conclusiones de no conformidad. En concreto, Luxemburgo, España, Bosnia-Herzegovina, Italia Reino Unido, Francia, Portugal y Grecia por no establecer una compensación adecuada o apropiada (reducción del tiempo de trabajo, descanso adicional o medidas similares) para los trabajadores que realizan su actividad con riesgos. Italia y la República de Moldavia, además, por no demostrar que las políticas se dirigen a que los trabajos caracterizados como peligrosos o insalubres sean eliminados o reducidos.

El apartado quinto de la misma disposición se refiere a la obligación de garantizar un descanso semanal que coincida, en lo posible, con el día de la semana reconocido por la tradición como tal y los usos del país o de la región. De 30 países supervisados, en siete casos se ha decidido que no había conformidad por:

- a) No fijar garantías suficientes para impedir que se trabaje durante más de doce días consecutivos sin un período de descanso (Bosnia y Herzegovina, Hungría, Reino Unido, República Eslovaca);
- b) Considerar que los períodos de guardia localizada que tienen lugar los domingos son períodos de descanso o por no demostrar que el derecho al descanso semanal esté

suficientemente garantizado (Francia);

c) Excluir a los trabajadores domésticos en la legislación que garantiza el descanso semanal (Grecia);

d) La posibilidad de posponer los días de descanso semanal por un período superior a doce días laborables sucesivos (Macedonia del Norte).

El penúltimo apartado del art. 2 de la CSEr determina la necesidad de asegurar que se informe por escrito a los trabajadores lo antes posible, y sin que hayan transcurrido, en ningún caso, más de dos meses desde el inicio de la relación laboral, de los aspectos esenciales del contrato. Dos conclusiones han sido de incumplimiento. Los motivos se referían a la ausencia de determinada información en el contrato de trabajo o en otro documento, como el plazo de preaviso en caso de rescisión del contrato (Armenia) o del número de días de vacaciones pagadas (Serbia).

Finalmente, el último párrafo, destinado a que los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de esa ejecución, de 23 situaciones examinadas, 7 han sido de no conformidad. En particular, por la ausencia de medidas que tuvieran en cuenta su particularidad, como la realización de reconocimientos médicos iniciales y/o periódicos (Albania, Andorra, Bosnia y Herzegovina, Georgia), las posibilidades de traslado al trabajo diurno (Albania), la consulta de los representantes de los trabajadores (Irlanda, Italia, Macedonia del Norte), o problemas relacionados con la definición legal de los conceptos de "trabajador nocturno" y de "trabajo nocturno" (Bosnia y Herzegovina).

El siguiente precepto a analizar es el art. 4 de la CSE/CSEr, que reconoce el derecho a una remuneración equitativa. Es el que más incumplimientos acumula. Se distribuyen en 5 apartados.

En cuanto al apartado primero, reconoce el derecho a una remuneración que garantice a los trabajadores y sus familias un nivel de vida digno. Según la jurisprudencia del Comité, el salario mínimo neto o, de no estar determinado oficialmente, los más bajos, deben estar por encima de un umbral. Se determina una presunción de conformidad si estos alcanzan o superan el 60% de la renta media ajustada siguiendo datos estadísticos del Eurostat (*single person without children*¹⁶⁰). Si está entre el 50% y el 60%, es el Estado el que debe demostrar que con ese margen se cubren las necesidades básicas.

160 [Datos estadísticos del Eurostat.](#)

El CEDS ha valorado los incrementos que se han adoptado en las 19 situaciones nacionales examinadas, pero ninguna ha derivado en una conclusión de conformidad. En 14 casos estaban legal o convencionalmente por debajo de la cifra indicada (Malta, Azerbaiyán, Albania, Lituania, Rumanía, Luxemburgo, Serbia, España, Grecia, Italia, Austria, Irlanda, Reino Unido y Francia). De estos, dos supuestos (Austria y Luxemburgo), han pasado a una evaluación negativa, siendo la precedente de conformidad. En los restantes, tras numerosas peticiones no se ha facilitado la información necesaria para poder determinarlo (Francia, Italia, España y Albania).

El apartado segundo se destina a asegurar el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración en las horas extraordinarias, permitiendo algunas excepciones. De 28 situaciones, en 7 se ha emitido la no conformidad por lo siguiente:

- a) No se garantiza a todos los trabajadores el derecho a una mayor remuneración por las horas extraordinarias (Irlanda, Polonia, Reino Unido).
- b) No se concede a los funcionarios públicos un tiempo de descanso adicional en el caso de que no se abonen las horas extras (Macedonia del Norte y Turquía).
- c) No se reconoce legalmente el abono adicional o el descanso compensatorio por la realización de horas extras (España). O no se abonan con una cuantía más alta a los miembros de las fuerzas de seguridad (Francia).
- d) El incremento con un plus o un descanso en profesiones como los oficiales de policía o a los mandos superiores sólo compensa una parte de las horas extraordinarias (Francia).

El art. 4.3 de la CSE/CSEr garantiza el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo del mismo valor. Está configurado como uno de los aspectos del derecho a la igualdad de oportunidades que el art. 20 de la CSE/1 del Protocolo de 1988 reconoce, integrándose, por consiguiente, la jurisprudencia de ambos. De 30 situaciones analizadas, 21 conclusiones han sido de no conformidad con los siguientes argumentos:

- a) La imposibilidad de efectuar análisis comparativos de los salarios que abonan las empresas en Andorra, Azerbaiyán, Georgia, República de Moldavia, Polonia y Rumanía.
- b) La inexistencia de una garantía expresa del derecho a igual salario por trabajo de igual valor en Armenia, Azerbaiyán, Georgia y Turquía;

- c) No hay inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación salarial en Armenia, Azerbaiyán.
- d) No se recoge la obligación de garantizar la transparencia en la remuneración en Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Grecia e Italia.
- e) La fijación de un baremo para reparar a los trabajadores despedidos por discriminación de género que puede, por consiguiente, no considerar todos los daños sufridos ni disuadir al empresario para que no reitere esas actuaciones en Bulgaria, Armenia y Alemania.

En cuanto al apartado 4 del mismo precepto, exhorta a los Estados a que los trabajadores sean preavisados, en un plazo razonable, en caso de terminación de la relación laboral. Casi todas las conclusiones han sido de no conformidad, puesto que, de 24 situaciones, 22 no se ajustaban a las condiciones requeridas. Las razones han sido principalmente por la ausencia de ese requisito o, en caso de existir, por ser manifiestamente corto respecto de trabajadores que llevan muchos años prestando servicios o por prever indemnizaciones que no valoran esa circunstancia. Entre los países que están en el primer supuesto son Serbia (no recoge, con carácter general, esta garantía); Andorra, Bulgaria, Grecia, Rumania, España, Turquía, que no lo garantizan durante el período de prueba; Polonia porque lo excluye en caso de despido por enfermedad de larga duración o accidente de trabajo; Georgia y Rumanía para los supuestos de liquidación cuando el empresario es persona jurídica; Armenia para los despidos por falta disciplinaria leve del trabajador o, finalmente, Bélgica respecto del personal estatutario del sector público. Entre los del segundo están Azerbaiyán, Letonia, Portugal, Serbia, República Eslovaca, Italia, Malta, Reino Unido, República de Moldavia, Rumanía, Albania, Georgia, Grecia, Irlanda, Lituania que los limitan, entre otros, a diez días o un mes

Para terminar, el apartado 5 recoge el compromiso de los Estados de regular los límites y condiciones de las retenciones sobre los salarios que se puedan establecer por la normativa, convenios o laudos arbitrales. Se han pronunciado 7 conclusiones de no conformidad a Azerbaiyán, Malta, República Moldavia, Montenegro, Reino Unido, Irlanda y República Eslovaquia por regular este derecho como disponible, pudiendo el trabajador renunciar al mismo.

El art. 5 de la CSE/CSEr tiene como finalidad preservar la libertad de organización de los trabajadores y los empresarios, incluyendo el derecho a constituir sindicatos u organizaciones, afiliarse y no sufrir discriminaciones. El Comité requirió información sobre la proporción de trabajadores afiliados sindicalmente, así como de la posible exclusión

de la realización de ciertas actividades o de constituir organizaciones que defiendan sus intereses. También se examinó el derecho de sindicación de los miembros de las fuerzas armadas o el colectivo de trabajadores de los servicios de seguridad del Estado. De 34 situaciones, 14 no fueron conformes con la CSE por excluir este derecho a los policías (Albania, Armenia, República de Moldavia); a los miembros de las fuerzas armadas (Armenia, Francia, Italia, Letonia, Lituania y el Reino Unido); a los funcionarios públicos (Albania, Polonia); o por indicar unas condiciones para afiliarse excesivas (Armenia, Letonia y Serbia).

El art. 6 es el tercer precepto que engloba el mayor número de reprobaciones. Los Estados ponen de manifiesto sus numerosos problemas para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva. Se estructura en cuatro apartados.

En cuanto al primero, se debe favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores. 6 conclusiones han sido de no conformidad. La mayoría se originan por la ausencia de órganos en los que se haga efectiva en el sector público (Albania, Armenia, Georgia, Malta). Los otros motivos de reprobación aluden a la carencia de control judicial de las decisiones que deniegan a determinados sindicatos la condición de representantes (Albania); el desinterés en promover esa concertación (Bosnia y Herzegovina) o, de existir, se limita a muy pocas materias (Georgia) o se condiciona a unos criterios excesivos para su participación (Portugal).

En la observancia del apartado segundo, relativo a la necesidad de promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria para la regulación de las condiciones laborales entre empleadores o sus organizaciones y las de los trabajadores, el CEDS ha emitido 17 conclusiones de no conformidad. La mayoría se deben a una escasa implicación estatal para fomentar la negociación colectiva (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Estonia, Georgia, Hungría, Lituania, Rumania); a la posibilidad de que un empleador pueda inaplicar las condiciones acordadas en un convenio colectivo (Georgia, España) o la restricción excesiva del derecho a la negociación colectiva de ciertas categorías de trabajadores (Albania, Dinamarca, Francia, Italia, Malta).

Se ha de señalar que en este apartado el CEDS se interesó, solicitando a los Estados que facilitaran información, sobre las medidas adoptadas o previstas para garantizar el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores por cuenta propia y de otros trabajadores que no entran dentro de la definición tradicional de trabajador dependiente. Dado que la mayoría de los países no respondieron a esta pregunta, se ha reiterado.

El apartado tercero del art. 6 obliga a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje, por ley, convenio colectivo o cualquier otro instrumento, para la solución de conflictos laborales. Se han identificado 8 situaciones de no conformidad respecto de Albania, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Italia, Malta, Moldavia y Portugal. La razón más frecuente de incumplimiento fue por la regulación de arbitrajes obligatorios para la resolución de conflictos laborales en el marco de la negociación colectiva, seguida de la ausencia de estos mecanismos en determinados sectores.

Finalmente, el trascendental apartado cuarto, sobre el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, es el que más conclusiones de no conformidad posee. En particular, 24 valoraciones negativas. El Comité ha apreciado que este derecho estaba sujeto a impedimentos excesivos para ciertas categorías de trabajadores en bastantes Estados o la fijación de unos servicios mínimos que prácticamente privan de efectividad al derecho. Específicamente respecto de los funcionarios públicos o empleados de sectores esenciales como electricidad, telecomunicaciones, instalaciones nucleares o transporte (entre otros, Albania, Alemania, Azerbaiyán, Armenia, Estonia, Francia, Hungría, Irlanda, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca, España, Rumanía o Montenegro).

El Comité ha puesto un especial interés preguntando si las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tienen garantizado este derecho. Tiene una jurisprudencia consolidada en la que es paradigma la decisión sobre el fondo de 2 de diciembre de 2013, *Confédération européenne de Police (EuroCOP)* contra Irlanda, reclamación colectiva n° 83/2012. Resolvió varias cuestiones en las que la organización alegaba la violación de los derechos de libertad sindical, de negociación colectiva y de ejercer el derecho de huelga de los miembros de los servicios de policía (*Garda Síochána*). Limitándose a este último, el CEDS resolvió que la prohibición absoluta supone un incumplimiento del art. 6.4 de la CSEr. En su argumentación, se procedió a verificar si la exclusión o, en su caso, restricción, observaba las condiciones del artículo G de la CSEr: un establecimiento por norma de rango de ley; la persecución de un fin legítimo y la necesidad en una sociedad democrática, de forma que observe una proporcionalidad. En el estudio, claramente se respetaban las dos primeras. Ahora bien, llegado a la tercera se apreció que, en la actualidad, existen países que reconocen este derecho, como, por ejemplo, Noruega o Croacia. Así se había constatado anteriormente en las Conclusiones emitidas a los mismos (Conclusiones IV-1, 1998 y XIX-3, 2010). Este panorama se complementaba con un Informe presentado en la instrucción del procedimiento elaborado por la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos (FSESP), la European Confederation of Police (EuroCOP) y la European Organisation of Military Associations and

Trade Unions (EUROMIL)) en el que se indicaba que, en el caso de los agentes de policía, Bélgica, Croacia, Montenegro, Países Bajos (jurisprudencia casuística), Macedonia del Norte, Eslovenia y Suecia reconocen este derecho de huelga con restricciones.

En virtud de ello, tras la correspondiente constatación, el CEDS determinó jurídicamente que, en la actualidad, la privación total de la prerrogativa infringe el derecho fundamental de los trabajadores y de los sindicatos a recurrir a medidas de acción colectiva para proteger los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

Así pues, es injustificada, no se respalda en una necesidad social imperiosa ni en preservación de la seguridad nacional, pudiendo perfectamente reconocerse, con limitaciones¹⁶¹.

La aludida pregunta fue respondida indicando que estaba reconocido legalmente por algunos: Bosnia-Herzegovina en la entidad de la República Srpska, Serbia, Macedonia del Norte y Montenegro. Ahora bien, esto no conllevó la adopción de una conformidad, puesto que, tras explicar los límites al ejercicio, se ponía de manifiesto que era prácticamente imposible desarrollarlo. A modo de ejemplo, Serbia explicó que el art. 170.2 de la Ley reguladora de la policía (2005) garantiza el derecho, pero que hay fijadas las siguientes excepciones en las que no puede realizarse: guerra, estado de emergencia o de riesgo agravado; peligro para el orden constitucional; desastre natural o peligro inminente en parte o en todo el territorio; otros accidentes o desastres que interrumpen el curso normal de la vida y comprometan la seguridad de las personas y los bienes; trabajos respecto de los no existen condiciones que garanticen un servicio mínimo. El CEDS, además de requerir la clarificación de algunas de ellas, examinó los servicios mínimos fijados. En lo que atañe a Macedonia del Norte (art. 107 Ley reguladora policía, 2006), llegado el momento, sólo lo pueden utilizar menos del 10% de los policías, máximo durante 3 días además de no afectar, en ninguna medida, a un listado de trabajos. El análisis llevó a determinar al CEDS que, nuevamente, atendiendo al art. G de la CSEr, eran condiciones excesivas que impedían una materialización del derecho.

La misma no conformidad fue determinada respecto de los que expresamente comunicaron que no se reconocía el derecho: Alemania (prohibición general a todos los funcionarios con base en el *Alimentationsprinzip*, el deber de lealtad y de empleo vitalicio), Lituania (prohibición general a todos los sindicatos que operan en organismos estatutarios), Georgia

¹⁶¹ El propio constitucionalismo social debe reconocer este derecho, al igual que otros derechos colectivos, como esenciales pues permiten vivir con dignidad y evitar que se vulneren sus condiciones laborales e intereses. Véase el análisis de cómo afrontar ese desafío de LITOR, L., "Collective labour rights of police officers: Global labour constitutionalism and militaristic labor constitutionalism", *Global Constitutionalism*, 12:1, 2023, pp. 174–213.

(prohibición respecto de los trabajos que, en caso de interrumpirse, se amenaza la vida, seguridad individual o salud de la sociedad), Hungría (prohibición respecto de toda la función pública excepto para los sindicatos que hayan participado en el acuerdo firmado con el Estado en 1994), Irlanda, Rumanía, Letonia y Armenia (prohibición expresa al colectivo, pero el último informa que se está tramitando una reforma del art. 75 del Código de Trabajo que prevé el reconocimiento).

El resto de los Estados optaron por no contestar, incumpliendo la obligación existente en el tratado. Me estoy refiriendo a Italia, Bélgica, Finlandia, Bosnia-Herzegovina (Federación y el Distrito de Brčko), Países Bajos -Antillas-, Grecia, Reino Unido, Moldavia, Portugal, Eslovaquia, Azerbaiyán, Bulgaria, Estonia, Francia, Albania, Malta y España. El CEDS aplazó la resolución, exhortando a suministrar la información en el próximo examen y advirtiendo de las consecuencias (no conformidad). Ahora bien, hubo uno en el que, si bien no contestó, el CEDS tenía la información: España. La sustanciación de una demanda ante el TEDH conllevaba que la misma estuviera disponible en seno del Consejo de Europa. Es decir, el intento de no proveerla y de obtener una dilación en el pronunciamiento, no sirvió, pues se tenía constancia de la prohibición existente. Es por ello, que se pronunció determinando una no conformidad.

En cuanto a las posibles consecuencias de iniciar una huelga, Irlanda y Reino Unido respectivamente han recibido conclusiones de no conformidad por el desfase entre la legislación y la práctica.

Relacionado con este colectivo, se ha de señalar que también ha sido significativa la actividad del CEDS en cuanto al reconocimiento de derechos de sindicación, que eran suprimidos por ser asimiladas sus actividades a las que realizan los cuerpos militares. Muestra de ello es la decisión de fondo de 27 de enero de 2016, *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP)* contra Francia, Reclamación colectiva nº 101/2013. La Gendarmería nacional estaba privada de derechos colectivos por ese motivo. El CEDS estimó que esa equiparación general vulneraba la CSE. Debía realizarse un análisis, y si del mismo el trabajo realizado pertenecía al de la policía, no se les pueden excluir los derechos colectivos.

Para terminar, me permito apuntar, con crítica constructiva, la falta de coherencia que supone la decisión de fondo de 12 de septiembre de 2017, Reclamación colectiva nº 112/2014, *Organisation européenne des associations militaires (EUROMIL)* contra Irlanda. En ella, no se considera que la negación del derecho de huelga a los miembros de las fuerzas armadas vulnere el art. 6.4 de la CSE, a pesar de reconocer que hay dos países,

Austria y Suecia que no lo hacen. El argumento que emite gira en torno a la peculiaridad de las actividades que realizan, su obligación de respetar la disciplina militar y el compromiso a la seguridad nacional que se podría derivar del ejercicio de ese derecho. La aparente contradicción la sortea calificando que es “proporcionada con el fin legítimo que persigue y, por consiguiente, necesaria en una sociedad democrática”¹⁶².

El siguiente artículo que fue objeto de análisis ha sido el 21 de la CSEr, que se corresponde con el art. 2 del Protocolo de 1988. Las Partes deben garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y a la consulta en el seno de la empresa, comprometiéndose, a adoptar o a promover medidas que permitan que los trabajadores o sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales:

a) Sean informados regularmente o en el momento oportuno y de una manera comprensible de la situación económica y financiera de la empresa que les emplea, entendiéndose que podrá denegarse determinada información que podría ser perjudicial para la empresa o exigirse que la misma mantenga su carácter confidencial; y

b) Sean consultados oportunamente sobre las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores, y en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa.

5 situaciones han sido de no conformidad. De estas, cuatro se originan en incumplimientos por no remitir la información requerida en varias ocasiones. En particular, el Comité consideró que no se había establecido que todos los trabajadores disfrutaran de este derecho y de que tengan recursos para exigirlo el supuesto de que no se respete (Albania, Bosnia y Herzegovina, Serbia, Turquía). Adicionalmente, Francia está entre los Estados que incumplen porque excluye a determinados trabajadores del cómputo de la plantilla para fijar los umbrales mínimos a partir de los cuales deben crearse órganos de representación del personal para garantizar el derecho (Francia).

El artículo 22 de la CSE, correspondiente al 3 del Protocolo de 1988, preserva el derecho de los trabajadores a participar en la determinación y la mejora de las condiciones y del entorno de trabajo en la empresa, debiendo contribuir los Estados a su determinación, a la protección de la seguridad y la higiene en el seno de la empresa, a la organización de servicios y facilidades socioculturales en la empresa y a la supervisión del cumplimiento de

¹⁶² Delmas, B., “Le droit collectif au sein des forces armées, renforcé par le Comité européen des droits sociaux », *Revue du droit du travail*, n° 7-8, 2018, p. 4.

la reglamentación en estas materias. El CEDS examinó 20 situaciones de las cuales seis no respetaban el precepto. En tres países, Albania, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Serbia el motivo residía en que no se otorgaba un derecho efectivo a los trabajadores a participar en el proceso de decisiones dentro de la empresa. Además, no se regulaban mecanismos para recurrir en caso de violación. Las otras no conformidades se originan en la ausencia de la información demandada en varias ocasiones (Hungría, Turquía).

El siguiente precepto es el art. 26 de la CSEr que regula el derecho a la dignidad en el trabajo. Al aceptarlo, los Estados Parte se comprometen, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, a proteger a los trabajadores, conforme al apartado primero, contra el acoso sexual y, según el apartado segundo, contra el acoso moral (psicológico) debiendo establecer las medidas preventivas y correctoras adecuadas.

Por lo que se refiere al art. 26.1 de la CSEr, en 10 casos el Comité resolvió que la situación no se ajustaba a los requerimientos de la norma. Los motivos fueron los siguientes:

- a) La inexistencia de una prevención adecuada del acoso sexual en el trabajo (Azerbaiyán, Serbia y Turquía);
- b) No determinar un trámite de consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores en el contexto de la promoción de la concienciación, la información y la prevención del acoso sexual en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo (Turquía);
- c) La legislación no contempla la inversión de la carga de la prueba en los casos de acoso sexual (Azerbaiyán);
- d) El régimen jurídico de la responsabilidad de los empresarios no prevé recursos o son insuficientes y efectivos para los trabajadores en casos de acoso sexual en los que estén involucrados terceros (Albania, Azerbaiyán, Finlandia, Georgia, Azerbaiyán, República Eslovaca, Lituania);
- e) No hay una reparación adecuada y efectiva en los supuestos de acoso sexual (Azerbaiyán, Malta, Montenegro, Serbia y la República Eslovaca);
- f) No se garantiza el derecho de reincorporación a los trabajadores despedidos sin causa u obligados a dimitir por motivos relacionados con el acoso sexual (Finlandia).

Con respecto al apartado segundo, el Comité determinó ocho supuestos en los que la situación no se ajustaba a la CSEr (Albania, Azerbaiyán, Finlandia, Georgia, Lituania, Malta, Serbia y la República Eslovaca). Los motivos son similares a los del anterior, con la

diferencia de que se centran en el acoso psicológico.

El penúltimo precepto es el art. 28 de la CSEr, que garantiza el derecho de los representantes de los trabajadores a ejercer sus funciones. A tal efecto, se establece que deberán disfrutar de una protección eficaz contra actos que les perjudiquen, incluido el despido debido a su condición, y que deberán disponer de las facilidades necesarias para el ejercicio de sus funciones. El Comité se centró, por un lado, en la protección frente al despido o actos que impliquen, por ejemplo, la denegación de prestaciones, oportunidades de formación, ascensos o traslados, posibles discriminaciones, abusos o vejaciones. Se requiere que la protección no sólo se aplique durante el mandato sino durante un plazo posterior de al menos seis meses tras la expiración del mismo. Por otro lado, en cuanto a las facilidades, pueden ser, por ejemplo, la concesión de permisos retribuidos para efectuar sus funciones, el uso de locales y equipos de la empresa o contribuciones económicas a los comités de empresa.

Recibieron conclusiones de incumplimiento 13 países (Albania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Finlandia, República de Moldova, Montenegro, Macedonia del Norte, Rumania, República Eslovaca y Turquía), por las siguientes situaciones:

- a) La protección otorgada a los representantes de los trabajadores y sindicatos no se prorroga por un período razonable después del término de su mandato;
- b) La ausencia de protección suficiente contra actos lesivos en el caso de que no se extinga la relación laboral;
- c) La inexistencia de recursos legales que permitan a los representantes sindicales y de los trabajadores impugnar su despido u otros actos perjudiciales por actuaciones en el marco de sus funciones, así como de disposiciones que obliguen a readmitirlos.
- d) Por la limitación o exclusión, general o específica, de las facultades (instalaciones, locales, equipos, distribución de la información...) a los representantes.

Para finalizar, el artículo 29 de la CSEr tiene por objeto garantizar el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en caso de despido colectivo. A tal fin, establece que los Estados parte deben asegurar que los empleadores participen de la decisión extintiva a los representantes de los trabajadores, con la debida antelación, y debatir sobre la forma de evitarlos, limitarlos y atenuar sus consecuencias, por ejemplo, recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la

recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados. Cuatro países no observan los requerimientos del precepto (Azerbaiyán, Georgia, Macedonia del Norte y Serbia). Los motivos son por las lagunas sobre medidas preventivas y de sanciones que garanticen que el despido que efectúe el empresario sin observar este trámite no tenga efectos.

Repensar el derecho a la libertad sindical: casi medio siglo después de la Ley 19/1977

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ

Magistrado de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

Debo confesar que cuando mi compañera de sala Macarena Martínez se puso en contacto conmigo para proponerme la participación en estas jornadas mi primera intención fue negarme. El motivo era simple: ¿de qué iba a hablar a estas alturas sobre el derecho de libertad sindical?

De los cuatro brazos que conforman el iuslaboralismo, como son el derecho de la Seguridad Social, el derecho contractual individual, el derecho procesal laboral y el derecho colectivo, es este último el que parece más inmutable en el tiempo. Si se me permite la retranca: el catedrático que elabore manuales de la Seguridad Social o de Derecho del Trabajo debe actualizarlo cada curso (y en ocasiones, acudir a más de una adenda) y en el supuesto que el tratado sea de índole procesal (lo que escasea) podrá dilatarlo algo más en el tiempo. Pero si la obra aborda el Derecho Sindical puede permanecer lustros sin tocar la redacción anterior.

Salvo error por mi parte, la LOLS ha sufrido en casi cuarenta años de vigencia cuatro modificaciones legislativas (una de ellas hace poco más de un mes). Un número irrisorio si se compara con los treinta y tres cambios experimentados por el ET y los cuarenta y nueve de la LGSS, en ambos casos desde 2015, así como los dieciséis de la LRJS desde 2011.

Algo similar ocurre en sede judicial: aunque el número de pleitos que tienen una relación directa o indirecta con el artículo 28 CE se ha mantenido a lo largo del tiempo en forma más o menos estable, el hecho cierto es que prácticamente todas las sentencias que abordan el tema se limitan a aplicar una doctrina consolidada, sin que en la mayor parte de casos sean apreciables grandes novedades. Y también es destacable que de los 225 pronunciamientos -entre sentencias y autos- del Tribunal Constitucional sobre el derecho de libertad sindical, 167 son anteriores al 2005 y sólo 18 se han dictado en los últimos nueve años.

De ahí mis dudas ante la propuesta de Macarena: ¿cómo articular, sin caer en lugares comunes, una ponencia mínimamente atractiva que no incurra en la simple exposición

de un marco jurídico que apenas ha evolucionado desde hace varias décadas y que es generalmente conocido por cualquier iuslaboralista? La opción -que fue inmediatamente aceptada por mi compañera- ha sido hacer un acercamiento desde fuera a la realidad sindical en España (aunque en mi caso esto no me resulta tan alejado, al haber trabajado durante veinte años para Comisiones Obreras de Cataluña, ocupando cargos en dicha organización y dirigiendo durante doce años su centro de estudios), analizando tanto las insuficiencias de nuestro marco legal. Se trata por tanto de reflexionar si, casi después de cinco décadas de la legalización los sindicatos -y las patronales- tras la Ley de 1 de abril, nuestro modelo es mejorable, cuáles son los puntos débiles actuales y especular sobre posibles cambios.

Advierto que no es mi intención dar lección alguna al sindicalismo. Como bien dice mi buen amigo José Luís López Bulla, éste y el iuslaboralismo constituyen desde hace un siglo una pareja de hecho. Pero apporto un matiz: el auténtico motor de esa unión more uxorio -no formalizada- es el propio sindicato y el papel del derecho del trabajo es subalterno. Los iuslaboralistas no transformamos la sociedad: lo hacen los sindicatos y nosotros nos limitamos a una mera coadyuvancia.

Dicho lo anterior, permítanme que inicie mis reflexiones iniciales con una cierta perspectiva histórica generalista que, aunque perfectamente conocida por todos, se me antoja necesaria. Pido disculpas por ello, pero cuando uno llega a una cierta edad propecta no puede evitar echar siempre la vista atrás (llámenme “abuelo cebolleta”).

1. La evolución histórica del sindicalismo

a) La doble alma del sindicalismo en sus orígenes

En la etapa previa a la implantación del Estado del Bienestar el sindicato no pretende únicamente mejorar las condiciones de vida del colectivo obrero; persigue algo más: discutir el poder en la empresa; esto es, poner en jaque la condición de autoridad legítima del patrono y el ejercicio de su autoridad inherente como pater familias. Ahí está, como prueba, el famoso adagio de los viejos sindicalistas: “una empresa no puede funcionar sin obreros, pero sí puede hacerlo sin patronos” (un apotegma que, por cierto, aún sigue estando vigente -al menos de momento-, pese al cambio tecnológico). En definitiva: el sindicato pretendía también poner en jaque el modelo constitucional y de libertad meramente propietario entonces vigente.

Es cierto, empero, que esta segunda aspiración era menos inmediata en las organizaciones de corte mayoritariamente laborista (en otras palabras: el ala socialdemócrata más “reformista”) como ocurría en los países anglosajones y del centro y norte de Europa, lo que no quiere decir que, en el horizonte, también esa facción más moderada del sindicalismo pretendiera arrebatarse el poder en la empresa (la presencia en los centros de trabajo no era entonces “colaborativa”, sino “conflictiva”). Aunque resulte anecdótico: no deja de ser curioso que allí donde antaño imperó el modelo laborista hallamos en general sindicatos unificados. En nuestra experiencia esa dualidad de objetivos es históricamente apreciable tanto en la CNT (puesto que, aunque en general prevaleció en la misma su vertiente anarquista/revolucionaria, hallaremos sindicalistas de índole más laborista, como Ángel Pestaña Joan Peiró o Salvador Seguí), como en la UGT (no son iguales los discursos de Besteiro, Saborit o Prieto que el de Lago Caballero).

b) La conformación de los estados sociales y democráticos de derecho

Sin embargo, ese pulso por el poder en la empresa finaliza en buena medida con el pacto welfariano (con los antecedentes de las constituciones de Querétaro, Weimar y la Segunda República española), con la consiguiente implantación del denominado estado social y democrático de derecho. El acuerdo implícito en el mismo es claro: el sindicalismo -la clase obrera- acepta el modelo propietario y obtiene a cambio, además de un mayor trozo del pastel en el reparto de la riqueza (lo que no es poco), la constitucionalización del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y, una cierta participación en la empresa (más “participativa” que “conflictiva”), así como en el propio Estado (“participación o representación institucional”).

c) El declive del keynesianismo

Las denominada “tres décadas prodigiosas” en las que imperó el modelo keynesiano, empezaron su declive tras la denominada crisis del petróleo en la década de los setenta del pasado siglo y el progresivo triunfo de las teorías neoliberales. La consagración del libre mercado a escala planetaria, junto con la capidminución del intervencionismo del Estado conllevó de facto poner coto al poder del sindicalismo. Ahí está el ejemplo de la épica batalla de las Unions británicas contra las políticas de cierre de minas de Margaret Thatcher o el despido masivo de controladores aéreos por Ronald Reagan.

De esta forma en los últimos cuarenta años hemos asistido a un notorio retroceso de los derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras en los países anteriormente denominados industrializados, lo que ha conllevado el debilitamiento del sindicato y un

progresivo descenso de su afiliación. Y no es casualidad que esa pérdida de poder haya ido acompañada de un alarmante incremento de la desigualdad, con evidentes efectos desestabilizadores sobre los sistemas democráticos. Sin duda alguna la debilidad del sindicalismo resta poder a las personas asalariadas. Probablemente el culmen de las políticas neoliberales se alcanzó con las respuestas públicas a la crisis de 2008, que en este país tienen como hito la denominada reforma laboral de 2012.

d) El fracaso de las políticas de austeridad: el ejemplo de la UE

Pero ocurre que las políticas de austeridad puestas entonces en marcha devinieron en la práctica un fracaso, como se ha constatado por múltiples analistas económicos e instituciones internacionales, aunque en muchas ocasiones con la boca pequeña (no es fácil reconocer los errores en determinadas instancias de poder y en ámbito académicos con un ego disparado).

Un buen ejemplo de ello lo hallaremos en la propia Unión Europea. Aunque en sus tratados constitutivos y el resto del acervo comunitario siempre se ha reconocido el papel central de los sindicatos y, en especial, de la participación en la empresa, el hecho cierto y notorio es que la dimensión económica ha prevalecido siempre sobre la social. Lamentablemente seguimos siendo esencialmente un mercado económico. Pero el progresivo avance de los dogmas neoliberales (tendencia iniciada ya en los años ochenta e implementada a partir del Tratado de Maastricht de 1992 y la creación de la Unidad Económica y Monetaria, con claros exponente en el denominado Libro Verde para modernizar el Derecho laboral, la Directiva Bolkenstein o las sentencias del TCEE en los asuntos Laval, Viking Line Ruffert) comportó que, poco a poco, las políticas económicas basadas en la austeridad se acabaran imponiendo en forma absoluta, alcanzando su cénit, como ya se ha dicho, en la crisis de 2008. Se optó entonces por validar las tesis desreguladoras que desde pocos años antes se habían ya formulado desde el Banco Central Europeo, lo que comportó subordinar plenamente el modelo social a la estabilidad presupuestaria (ahí está la reforma del art. 135 CE) y, en especial, una significativa pérdida de soberanía de los Estados en la determinación de sus políticas laborales y de Seguridad Social. Aunque en teoría los derechos sociales recogidos en la normativa comunitaria resultaron incólumes, el hecho cierto es que en las legislaciones de los distintos países esas políticas de austeridad conllevaron evidentes retrocesos en las garantías del Derecho del Trabajo y el régimen interno de Seguridad Social. Con razón la Confederación Europea de Sindicatos calificó entonces la posición comunitaria como una ruptura del contrato social europeo.

Pero la realidad es tozuda y ha acabado poniendo en evidencia que esa opción económico-

ideológica era manifiestamente errónea, al incrementar significativamente la desigualdad, el desencanto con Europa y las percepciones identitarias cerradas, con las consecuencias nefastas que para la estabilidad social y el Estado del Bienestar ello ha significado. Así, sin reconocer expresamente los errores cometidos parece evidente que la Unión, tras diversos informes internos, varió a partir de 2017 su rumbo, con la aprobación del denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales, adoptado en la cumbre de Goteburgo de 2017, y posteriormente desarrollado en la Cumbre de Oporto (así como con la puesta en marcha de los fondos Next Generation a lo largo de la pandemia). Aunque haya pasado un tanto desapercibido cabe remarcar aquí que en el último lustro se han aprobado nada menos que dieciséis normas comunitarias con una directa implicación en el ámbito del derecho del trabajo, algunas de ellas de indudable importancia (a lo que cabe añadir la actual tramitación de otras más, como la modificación de la Directiva sobre comités de empresa europeos). Y a ello hay que sumar la proclamación de otras normas comunitarias que, aunque en forma indirecta, tienen una evidente incidencia en el campo social. Es decir: en los últimos cinco años se han aprobado más Directivas sociales que en los sesenta años precedentes.

Y no deja de ser significativo que en la actualidad en aquellos países -como España- en los que se ha optado por implementar políticas económicas neokeynesianas la afiliación sindical se haya incrementado y en paralelo se haya mantenido en niveles aceptables el crecimiento económico y, conforme a los datos recientes del Banco Central Europeo, se ha reducido la desigualdad, a diferencias de otros Estados de la Unión.

Pese a ello no puede darse por muerto al neoliberalismo: el discurso libertario de mercado se mantiene como alternativa en muchos sectores (ahí está Milei o de una parte de la derecha en Europa como ejemplo). Y, a la vez, la idea del futuro postliberal basado en el denominado aristopopulismo (en definitiva: la vieja autocracia aristotélica o el “gobierno de los ricos”) está ganando adeptos entre las elites económicas más poderosas (baste con leer algunas de las propuestas vinculada al programa electoral de Donald Trump o los desvaríos de un personaje como Muks).

2. La singularidad de la evolución histórica del sindicalismo en nuestro país

a) Los albores de la libertad sindical y su consagración en la IIª República

Hasta el franquismo el campo de actuación del sindicalismo se había vertebrado esencialmente -aunque con diversas vicisitudes históricas- a través de su presencia en la

empresa y, por tanto, como mecanismo de defensa de las personas asalariadas en el centro de trabajo y de negociación con el empleador. De esta forma, el sindicato se convertía en dicho ámbito en el representante (muchas veces de facto) de las plantillas.

Pero el campo de actuación se amplió progresivamente más allá de las cuatro paredes de una factoría. Primero en el terreno de la composición de los conflictos tanto individuales como colectivos a través de sistemas mixtos y paritarios (de legos o escabinado), bien sea a través de mecanismos informales surgidos de la negociación entre las partes, bien mediante sistemas legales a través inicialmente (desde las leyes de 1908) de los tribunales mixtos (que experimentaron múltiples modificaciones y no acabaron nunca de tener éxito) y los comités paritarios (de mayor implantación práctica), y, posteriormente, con la Segunda República, con los tribunales industriales y jurados mixtos. Y, asimismo, el sindicato fue protagonista en la plasmación de acuerdos colectivos para fijar condiciones laborales y retributivas, inicialmente alegales y posteriormente elevados a norma estatal con la Ley de 21 de noviembre de 1931 que en su artículo 11 se hacía mención a las “bases de trabajo las que adopten los Jurados mixtos o comisiones paritarias legalmente reconocidas al efecto, determinantes de las condiciones de mínima protección para los trabajadores sobre salarios, jornadas, descansos, garantías de estabilidad, medidas de previsión y demás que puedan estipularse en los contratos de trabajo”; y en su artículo 12 definía el “pacto colectivo acerca de las condiciones del trabajo”, como “el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones profesionales obreras, legalmente constituidas, para establecer las normas a que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales o colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquéllos y éstos pertenezcan en la demarcación respectiva”.

El sindicalismo español conquista pues en ese período -en la perspectiva estrictamente laborista- un auténtico poder en el mundo trabajo y en la propia sociedad, máxime cuando la Constitución republicana consagró en su artículo 39 por vez primera en forma expresa la libertad de sindicación. Y en su artículo 46.2 reconocía el derecho a “la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.

b) El sistema corporativo del franquismo

Dicho panorama finaliza con el advenimiento del franquismo, en el que se instaura un modelo claramente corporativo de clara influencia del fascismo italiano (con el precedente del Código del Trabajo de Primo de Rivera). De esta forma se abroga el derecho de libertad sindical (reprimiéndose duramente a los sindicatos de clase), se prohíben las huelgas

-que pasan a ser un delito de sedición- y se impone una organización sindical única en la que se integran tanto las personas trabajadoras como las empleadoras, con fuerte control por el Estado e integrada en el mismo (el denominado “sindicato vertical”). Por otra parte, desaparecen los convenios colectivos que son sustituidos por las Reglamentaciones de Trabajo y las Ordenanzas Laborales -dictadas por el Ministerio de Trabajo- y la composición de conflictos se judicializa (las Magistraturas de Trabajo y el Tribunal Central de Trabajo, dependientes del Ministerio del ramo), con un intento de conciliación forzosa ante el propio sindicato franquista.

Posteriormente, tras el fin del período de autarquía, el franquismo vendrá a reconocer en 1958 unos pseudo convenios colectivos, cuya negociación se integraba en la organización oficial (aunque en la realidad de determinadas empresas siguieron existiendo acuerdos informales que, en su momento, dieron lugar a la teoría judicial de la condición más beneficiosa) y en 1962 se implantó la figura del conflicto colectivo a través de mecanismos de composición administrativa o judicial (sin que se integrara en el mismo el derecho de huelga, que continuó siendo ilegal y castigada penalmente).

En cuanto a la participación en la empresa el papel del sindicato fue sustituido a partir de 1945 por los “enlaces de empresa” (en centros de menos de veinticinco personas en plantilla) y los “jurados de empresa” como “la representación genuina de los elementos que integran la producción ante la Empresa, los Sindicatos y el Estado”, que eran elegidos por las personas adscritas a cada centro de trabajo, convocadas periódicamente por el régimen.

Es este último un aspecto que tiene evidentes consecuencias en nuestro modelo actual y que está directamente relacionado con la evolución de los sindicatos de clase bajo el franquismo. En efecto, durante los primeros veinte años de la dictadura la brutal represión ejercida por el régimen conllevó que -salvo puntuales muestras de resistencias- las históricas centrales sindicales CNT y UGT prácticamente desaparecieran en el interior del país (con la excepción de esta última en el País Vasco). Pero en los años sesenta aparecen las Comisiones Obreras, primero como un mecanismo puntual y espontáneo de negociación en determinadas empresas y luego como movimiento “sociopolítico” estructurado que (fuertemente condicionado por las políticas de entrismo en los aparatos del régimen impulsadas por el Partido Comunista de España y el Partit Socialista Unificat de Catalunya) se infiltró en el sindicato fascista. En las elecciones sindicales de 1966 CC.OO. obtuvo la mitad de representantes de las empresas y la mayoría de ellos pocos meses antes de la muerte del dictador en 1975.

c) El postfranquismo

Antes del advenimiento del actual régimen constitucional se aprueba el Decreto 17/1977, regulando el derecho de huelga y el de conflicto colectivo (norma que fue en parte aceptada como sobrevenida a la vigente Constitución por la famosa STC 11/1981, de 8 de abril) y, especialmente, la Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical (lo que dio lugar a que el Estado español suscribiera los convenios OIT 87 y 98 y los pactos de la ONU sobre derechos civiles y políticos). Este último precepto vino a reinstaurar el derecho de libertad sindical en nuestro país, regulando tanto el derecho de asociación de las personas trabajadoras como de las empresas (hallándose actualmente en vigor para éstas últimas). Sin embargo, su contenido era muy escueto, limitándose básicamente a transponer los contenidos mínimos de las normas internacionales, de carácter esencialmente orgánico. Desde su aprobación ha transcurrido casi medio siglo, lo que da título a estas reflexiones.

La excepción española finaliza con la aprobación de la Constitución vigente. En todo caso, no está de más señalar que nuestro país “llega tarde” -como casi siempre- a la estela de la evolución del marco legal regulador de la libertad sindical (y también en la conformación del modelo de Estado del Bienestar, como tantas veces afirmaba uno de mis maestros, Manuel Ramón Alarcón): cuando nuestra Carta Magna se aprueba (con el antecedente de los denominados Pactos de la Moncloa, que en realidad fueron un pacto welfariano, esta vez por escrito) ha estallado ya hace un lustro la denominada crisis del petróleo y las políticas antikeynesianas empiezan a emerger.

Es ésa una constatación que en buena medida sirve para explicar algunas de nuestras insuficiencias en la materia abordada.

3. El actual marco constitucional: una lectura crítica

a) Los derechos sindicales en nuestra Constitución

Nuestra Carta Magna de 1978 constitucionaliza el derecho de libertad sindical, siguiendo la estela de la Segunda República.

Como es sabido, su art. 28.1 CE reconoce dicho derecho tanto en su vertiente positiva como negativa (con expresa mención a la fundación y afiliación a sindicatos y el derecho de éstos a la confederación internacional), con la excepción de las “Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar” (a lo que hay que sumar

a las personas que integramos el poder judicial, ex art. 127), derivando a la ley “las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos” (lo que se reitera en el art. 103.3 y se desarrolló por la LOLS y la Ley 9/1987). Y a todo ello cabe añadir algo más importante: conforme al artículo 7 -integrado en el Título Preliminar- “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”.

Por su parte el artículo 37.2 de la Constitución deriva a la ley la regulación de la negociación colectiva y el “carácter vinculante de los convenios” en la sección segunda del capítulo primero del Título I (en la regulación de los derechos y deberes de la ciudadanía). Ello conlleva que, en principio, la negociación colectiva -pese a ser fuente del derecho- no tenga el rango de derecho fundamental, lo que ha sido enmendado por la doctrina constitucional.

Junto a ello, el apartado 2 del artículo 28 reconoce el derecho de huelga a “los trabajadores”, exigiendo a su desarrollo legislativo el aseguramiento del “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. Por su parte, ya en forma ajena a la enumeración de los derechos fundamentales, el art. 37 -aunque también integrado en el derecho de libertad sindical por la doctrina constitucional- nuestra Constitución reconoce el derecho de “trabajadores y empresarios” de adoptar medidas de conflicto colectivo, con las limitaciones que se impongan por ley, con especial mención, de nuevo, al mantenimiento de los servicios esenciales.

Finalmente, en el título de Economía y Hacienda, el art. 129 deriva a la ley en el apartado 1 “las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”; y en 2 se prevé la eficaz promoción por los poderes públicos de “las diversas formas de participación en la empresa”. Y en el apartado 1 se contempla No deja de llamar la atención que dicho precepto haga también referencia al establecimiento de “los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción” (lo que parecer ser un cierto eco a aquella aspiración de los viejos sindicatos a discutir el poder en la empresa).

b) Crítica a los contenidos constitucionales

En mi opinión el actual marco constitucional carece de lógica suficiente para integrar en forma coherente el derecho a la libertad sindical.

Me explico: cabe preguntarse en primer lugar qué debemos entender por “derecho a la

libertad sindical”.

Si acudimos al Convenio número 87 de la OIT podremos observar como en el mismo aquello que se regula es, esencialmente, el derecho a fundar sindicatos, a su auto organización y a federarse, así como un mandato a los Estados suscribientes de proteger el derecho a la afiliación. Mayor contenido se deriva del Convenio 98 de la OIT, en el que se prohíbe la injerencia patronal y el derecho a la negociación. Por tanto, dichas normas internacionales aquello que esencialmente garantizan es el aspecto orgánico del sindicato, las tutelas legales de su acción y, en forma genérica, el derecho a la negociación colectiva.

Pero un sindicato es mucho más eso; no sólo es una organización que negocia. Y ello nos lleva a la otra inevitable pregunta: ¿para qué sirve un sindicato?

En primer lugar, para algo obvio y básico: la defensa de los derechos de las personas asalariadas. En tanto que en las relaciones laborales no rige la igualdad contractual entre las partes, aquellas se integran dentro del poder de organización y decisión de las empresas... y sus intereses. Como se difiere de la paradoja de Korsch, un trabajador es libre para firmar un contrato de trabajo, pero deja de serlo en el momento en el momento en que lo ha firmado. Por el contrario, el empleador mantiene su plena libertad contractual (consagrada en el art. 38 CE), salvo las limitadas fronteras legalmente impuestas. Por ello la única forma que tiene el colectivo asalariado para hacer valer sus intereses frente al dador de empleo es la “Unión”, tal y como se califica al sindicato en el país dónde emergió, el Reino Unido. Cuando los sindicatos son fuertes, las personas trabajadoras mejoran sus condiciones de vida. Ahí está el ejemplo de Euskadi, el territorio con salarios más elevados de España y con mayor afiliación sindical.

Pero esa defensa no se limita al centro de trabajo, al extenderse también al conjunto de la sociedad y, en especial, ante al Estado (participación institucional).

Para dicha finalidad el sindicato se dota de dos instrumentos esenciales: de una parte, el conflicto colectivo y la huelga -así como los mecanismos judiciales o extrajudiciales de composición- y, de otra y con especial significación, la negociación colectiva.

Por tanto, bien puede colegirse -lo que será un hilo conductor de estas reflexiones- que el sindicato -ergo, la propia libertad sindical- se estructura en cuatro ámbitos: a) el propio reconocimiento del mismo como representación de las personas asalariadas, a nivel social, ante la empresa y ante el Estado; b) los mecanismos de participación en los centros de trabajo; c) la negociación colectiva como mecanismo de plasmación de las condiciones

contractuales; y d) el ejercicio del conflicto -especialmente, el derecho de huelga- y de los mecanismos de composición del mismo.

Por tanto, la libertad sindical tiene un contenido poliédrico: un sindicato no sólo es “organización”; es también -y, esencialmente- “acción sindical”. Obsérvese en este sentido que, como la experiencia histórica e internacional ponen de manifiesto, ha existido -y existe- “acción sindical” en aquellos casos en los que el derecho de asociación obrera no está reconocido.

Sin embargo, como se ha analizado en el apartado anterior, nuestra Constitución parcializa ese contenido plural: limita la libertad sindical esencialmente a su vertiente orgánica y, junto al derecho de huelga, la eleva a la condición de derecho fundamental. El derecho a la negociación colectiva y al conflicto colectivo son “degradados” a la condición de principios rectores de la política social y económica, aunque, como se ya se ha indicado, la doctrina constitucional ha venido integrándolos, por la puerta de atrás, en el derecho a la libertad sindical (por todas: STC 51/1988). Y, finalmente, la participación ante el Estado y en la empresa se diluye en el apartado de Economía y Hacienda (sin que aquí el TC haya aceptado su integración indirecta en el derecho a la libertad sindical).

4. La evolución de la normativa infraconstitucional

Como se ha dicho muchas veces si algo caracteriza nuestra Constitución es su carácter abierto, al permitir diversas interpretaciones (pese a que con el devenir del tiempo y la evolución de la doctrina del TC esa lectura resulta cada vez menos consistente). Pues bien, cabe ahora hacer un somero análisis del desarrollo legal posterior, puesto que de él se deriva la “interpretación” efectuada por el legislador (lo que no enerva que, al menos teóricamente, sean posibles otras “interpretaciones”).

a) La Ley Estatuto de los Trabajadores

La primera norma postconstitucional interpretativa fue la Ley 8/1980, que desarrolló el mandato del art. 35.2 CE, aprobando el Estatuto de los Trabajadores (con el antecedente del Acuerdo Básico Interconfederal, firmado por CEOE y UGT el 10 de julio de 1979). Cabrá reseñar, de entrada, que en su primigenio redactado, la referencia al sindicato era escasa, más allá de una genérica mención al derecho a la libre sindicación y a la no discriminación por dicho motivo (arts. 4 y 17). Mas, pese a ello, sí se contemplaban en forma expresa en su Título II los mecanismos de participación en la empresa. Era ésa entonces una cuestión

transcendental, en tanto que el legislador debió optar entonces entre el sindicato (siguiendo la evolución histórica hasta la Segunda República) o los organismos unitarios (como se había impuesto por el franquismo y era la tónica mayoritaria de los países meridionales europeos tras el pacto welfariano). Y, como es notorio lo hizo por esta última posibilidad. Ello tenía una plasmación en el debate intersindical del momento, en tanto que CC.OO. (mayoritaria en los últimos tiempos en los “enlaces y jurados de empresa” en el régimen anterior) propugnaba esta segunda opción, mientras que las organizaciones históricas como la UGT y, especialmente, la CNT abogaban por la representación sindical (de hecho, la central anarcosindicalista sigue aun optando por no participar en las elecciones sindicales, lo que comportó un fuerte debate interno a lo largo del tiempo que acabó desembocando en su ruptura y la aparición de la CGT). No deja de ser sintomático que la regulación sobre la participación en la empresa contenida en la, entonces, nueva norma tenía evidentes similitudes de contenido con la previa regulación franquista.

A ello cabe añadir que el modelo que se estructuró entonces era básicamente débil, en relación con los diversos grados de intensidad de la participación en la empresa. Salvo en la determinación de los contenidos básicos del contrato de trabajo (salario y jornada) que se encomendaban a los convenios colectivos, la negociación con la representación de la plantilla se limitaba en la práctica a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y lo que hoy denominamos como despidos colectivos, precisándose en todo caso de autorización administrativa (que también regía en forma directa en la movilidad territorial). Y, por su parte, basta la lectura del entonces vigente art. 64 ET, para llegar a la conclusión de que la mayor parte de competencias de dichos organismos unitarios se referían esencialmente a la obligación empresarial de comunicación, salvo aspectos cualificados en los que la participación pasaba por la audiencia.

Asimismo, la Ley Estatuto de los Trabajadores vino a regular el derecho a la negociación colectiva en su título III. El modelo resultante puede resumirse a partir de los siguientes trazos: a) los convenios colectivos devenían vinculantes y tenían eficacia general -siguiendo el mandato constitucional- siempre que su negociación se hubiera adecuado al contenido de la ley; b) la negociación colectiva podía articularse en el ámbito de la empresa o en los distintos sectores; c) la legitimación para negociar los primeros se otorgaba esencialmente a la representación unitaria, salvo que los sindicatos presentes tuvieran mayoría en la misma, correspondiendo a las organizaciones sindicales y patronales la sectorial; d) pese a ello, el entonces nuevo marco legal introdujo dos elementos de centralización importantes: de un lado, la imposibilidad de negociar un nuevo ámbito convencional cuando estaba en vigor otro convenio (lo que lógicamente operaba exclusivamente en las unidades negociales “menores”) y, por otro, la posibilidad de que por acuerdo interprofesional o convenio en

el ámbito estatal o de comunidad autónoma se regularan reglas de concurrencia y, por tanto, limitaciones de contenidos en los convenios provinciales o de empresa, que se veían sometidos a los establecidos en el ámbito superior.

b) La LOLS

Pero esa “interpretación” por el legislador de los derechos de negociación colectiva y participación en la empresa un año y medio después de la entrada en vigor de nuestra Constitución resultaba obviamente insuficiente sin un desarrollo del contenido de la libertad sindical, teniendo en cuenta el escueto contenido de la Ley 19/1977. Ese vacío fue solventado en 1981 con la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical a través de la LOLS. En la misma se contenía la definición del contenido del derecho a la libertad sindical, siguiéndose al respecto básicamente tanto el mandato constitucional como los elementos conformadores derivados de los tratados internacionales, así como la regulación del régimen jurídico del sindicato; por tanto, la vertiente orgánica. Más allá de dichos contenidos generales de la LOLS, cabe destacar que ocurría entonces, sin embargo, una problemática conocida -que aún sigue perviviendo-: la existencia de múltiples organizaciones sindicales. En ese marco la ley vino a regular la representatividad de las diversas organizaciones, centrada esencialmente sobre los porcentajes obtenidos por las mismas en las elecciones sindicales. Para evitar la problemática derivada de la dispersión existente, se determinaron ámbitos de representatividad, diferenciando entre los denominados “sindicatos más representativos” -en el ámbito estatal y en el de comunidad autónoma- y los denominados “sindicatos meramente representativos” en los ámbitos territorial y sectorial. En el primer caso se reconocía a las organizaciones que superaran los porcentajes legales, entre otros derechos, la representación institucional ante los poderes públicos, la participación en los sistemas extrajudiciales de solución de los conflictos y la promoción de elecciones sindicales. En el supuesto de los sindicatos meramente representativos se excluía la representación institucional.

La LOLS también vino a regular los mecanismos de estructura interna del sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales) y el ejercicio de determinados derechos por parte de sus afiliados (reunión, recepción de información y su distribución -condicionada- entre la plantilla). Pero también aquí el legislador de antaño previó un trato diferenciado entre las diferentes organizaciones: las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y los que tuvieran representación en los organismos unitarios del ámbito correspondiente tenían derecho a que la empresa les facilitara un tablón de anuncios y un local. A lo que cabe añadir la singular conformación de derechos de los delegados sindicales en las empresas cuya plantilla superase las doscientas cincuenta personas (con

disponibilidad colectiva), siempre que el sindicato tuviera representación en el comité de empresa, dotándolos de idénticas garantías que los miembros del mismo y reconociéndoles el derecho a participación en las reuniones de aquél y el acceso a la información que se proporcionara al mismo, así como la audiencia previa en el caso de medidas colectivas y la imposición de una sanción o un despido a las personas afiliadas. Nos hallamos, por tanto, ante un mecanismo de participación de carácter netamente subsidiario a la de los organismos unitarios; de esta forma, la representación de la plantilla “in toto” ante la empresa se adjudicaba a los organismos unitarios, mientras que el sindicato se limitaba a la representación de las personas afiliadas al mismo.

c) Las particularidades de los conflictos colectivos y su composición

Con todo, llama poderosamente la atención la prácticamente situación de anomia que ha tenido lugar en los últimos cuarenta y cinco años respecto al ejercicio del conflicto y su composición. Pese a que nuestra Constitución consagra el derecho de huelga como fundamental y reconoce el derecho al conflicto colectivo, nuestro marco legal al respecto ha permanecido prácticamente inalterado como es sabido desde el Decreto-Ley 17/1977 y, en especial, por la posterior doctrina interpretativa del mismo por el Tribunal Constitucional; como también lo es el fallido intento de regulación de 1993, fracasado a última hora en su tramitación parlamentaria por la “sorprendente” convocatoria de elecciones.

Ese mismo Decreto-Ley es el que en buena medida sigue regulando la figura del conflicto colectivo, aunque en su vertiente jurídica las distintas normas procesales laborales han venido a normar diversos aspectos.

Y, finalmente, cabe observar cómo el legislador postconstitucional fue altamente renuente a admitir la participación de los sindicatos en la composición de los conflictos, abdicando de la experiencia española anterior al franquismo. Ciertamente el art. 117.3 CE consagra que la potestad jurisdiccional “corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”. Sin embargo, en mi opinión, ello no resultaba óbice para regular instituciones laborales de legos o escabinos -al menos en el primer grado jurisdiccional-, como es práctica en otros países europeos (v.g.: Francia o Alemania) o, incluso de un sistema de acceso específico a la carrera judicial (como ocurre en el ámbito de la justicia militar). Pero no fue claramente esa la opción que se aplicó en la LOPJ, lo que comportó el mantenimiento de una justicia laboral estrictamente encomendada a los jueces.

Ello no ha sido óbice, empero, para que, a través de acuerdos interprofesionales, los agentes sociales hayan creado los denominados “tribunales laborales”, como mecanismos

extrajudiciales de solución los conflictos (mediación, conciliación y arbitraje), especialmente en materias de índole colectiva.

5. El panorama actual del sindicalismo español

- a) Una reflexión sobre la baja afiliación de nuestro modelo y sus consecuencias

Es perfectamente conocido que la afiliación sindical, tras el “boom” en la etapa posterior al reconocimiento del derecho de libertad sindical, ha ido progresivamente descendiendo (aunque con las lógicas oscilaciones en función de la situación económica). He leído en ocasiones comentarios sobre el bajo nivel de afiliación en nuestro país; y en muchos casos se compara nuestra situación con la de los países europeos septentrionales. Esos análisis son, desde mi punto de vista, sesgados. En efecto, se olvida que en esas experiencias normativas (cláusulas de closed shop al margen) la representación de las personas asalariadas en la empresa corresponde al sindicato y que, en múltiples supuestos, el convenio colectivo sólo resulta de aplicación a las personas afiliadas (al menos, formalmente). Pues bien, en España cualquier persona asalariada tiene, salvo puntuales derechos en las grandes empresas, prácticamente idénticas tutelas que la afiliada. Tenemos, pues, un modelo que desincentiva la afiliación (o que, al menos, no la incentiva). No deja de ser sintomático que, según encuestas internacionales, los sindicatos españoles sean los que tengan mayor representatividad en el seno de la Unión (un 57 por ciento, según la Encuesta Europea de Empresas), lo que se deriva de su presencia en los organismos unitarios; sin embargo, no ocurre lo mismo con su representación directa, es decir, las personas afiliadas (que según la OCDE es del 14 por ciento de la población laboral activa).

Ello tiene consecuencias evidentes: la porcentualmente escasa afiliación comporta que nuestros sindicatos sean en general económicamente débiles para la ingente tarea que tienen delante en sus múltiples frentes. Como decimos en catalán: “molta roba i poc sabó”. Obsérvese en todo caso que dicha contradicción no opera en las asociaciones patronales, en tanto que en este caso su representatividad (y las legitimaciones correspondientes) deriva directamente de la afiliación y sin que las cuotas abonadas por sus asociados sean obviamente comparables con las del colectivo de personas trabajadoras afiliadas. En otras palabras: las organizaciones empresariales tienen sobrados medios; los sindicatos carecen de los suficientes para desarrollar su acción sindical.

De esta forma las múltiples funciones que desarrollan los sindicatos en defensa de los intereses del colectivo de personas asalariadas -además de las afiliadas- son gratuitas para

quién se beneficia de su ejercicio, lo que es especialmente predicable de la negociación colectiva. Cabe recordar en este sentido que el artículo 11.1 LOLS prevé la posibilidad de que en los convenios colectivos se fije el denominado canon sindical, aunque sometido a la voluntad individual de cada persona afectada expresada por escrito (STC 98/1985). Debo confesar que dicha previsión legal nunca me ha convencido. Una cosa es que nuestra Constitución reconozca el derecho a no afiliarse; otra, que las personas beneficiadas por la laboral negocial del sindicato no la retribuyan, mientras que quién está afiliado sí lo hace a través de la cuota que paga.

Algo similar ocurre cuando es el sindicato el que negocia un despido colectivo o una medida de flexibilidad interna. En estos casos constituye una práctica relativamente frecuente que se pacte el pago de una determinada cantidad por las personas afectadas y no afiliadas -aunque a veces, la compensación se deriva a la propia empresa, lo que resulta, al menos en el terreno ético, reprochable-. Sin embargo, esa posibilidad ha sido considerada también contraria al derecho a la libertad sindical en su vertiente negativa por parte de variadas sentencias (véanse las SSTSJ Cataluña 04.05.2010 -Rec. 628/2009, Comunidad Valenciana 25.04.2008 -Rec. 2771/2008- y 29.04.2008 -Rec. 2772/2007-, etc.). No deja de llamar la atención, sin embargo, que nadie discutirá que cualquier profesional jurídico que intervenga como asesor de la plantilla cobre sus honorarios (en muchas ocasiones sin formalización de la representación en forma individual), lo que se niega a los sindicatos.

Otra de las habituales vías de financiación del sindicato son las variadas subvenciones otorgadas por diversas Administraciones públicas. Aunque ciertamente, como indica la sabiduría popular, “a la fuerza ahorcan”, el hecho cierto es que en buena medida ese mecanismo comporta una cierta afectación a la independencia del sindicato frente a los poderes públicos. A ello cabe añadir las críticas ideológicas que especialmente desde la perspectiva neoliberal (aunque también por los “sindicatos alternativos”) se ha venido haciendo -con evidente demagogia-. No está de más recordar aquí cómo una de las primeras medidas adoptadas del primer gobierno Rajoy a partir de 2011 fue, precisamente, reducir hasta la práctica inanidad dichas subvenciones. Algo similar ha ocurrido más recientemente en algunas comunidades autónomas, tras los acuerdos alcanzados entre PP y Vox.

En esa tesitura actual parece evidente que la única forma de fortalecer económicamente al sindicato pasa por el fomento de la afiliación por los poderes públicos. Y, como se ha dicho, cuando más fuerte es el sindicato, mayores son los derechos de las personas trabajadoras, reduciéndose, por tanto, la desigualdad, lo que es un mandato del art. 9.2 de nuestra Constitución.

b) La mala prensa del sindicalismo

Permítanme una reflexión conexas: mediáticamente la acción de los sindicatos está, en mi opinión, notablemente infravalorada. ¿Cuántas veces han leído en la prensa o han sabido por otros medios de comunicación que se ha firmado un convenio estatal importante, como, por ejemplo, en de la industria del metal y la explicación de sus contenidos? Pese a que dicha norma colectiva afecta a centenares de miles de ciudadanos y ciudadanas dicho hecho no es noticia. Mediáticamente tiene mayor repercusión la boda (o los cuernos) de un “famosillo” o una “famosilla” que la labor del día a día del sindicato.

Cabe recordar en este sentido que nuestra Constitución otorga a las organizaciones sindicales y patronales un papel esencial en la conformación de nuestro modelo de Estado social y democrático, encumbrándolos en su título preliminar, “lo que convierte a los sindicatos en uno de los pilares básicos del sistema político, y les otorga una función institucional que va más allá de la que deriva de la propia afiliación y del peso efectivo de cada organización sindical, en las tareas de defensa y gestión de los derechos e intereses colectivos de los trabajadores” (por citar la más reciente: STC 63/2024).

Sin embargo, la información que recibe la ciudadanía del día a día de la acción sindical es ínfima -a diferencia de los partidos políticos, precedentes de aquellos en el título preliminar de la Carta Magna-, lo que va en detrimento de su prestigio y, por tanto, su implantación.

Estas consideraciones son importantes, en tanto que concierne directamente a la percepción de la ciudadanía del sindicalismo y su papel constitucional. Y es ese un aspecto que afecta esencialmente a las personas trabajadoras más jóvenes. Ciertamente revertir el panorama actual de información de los actuales medios de comunicación deviene una ucronía, atendiendo a la conformación de sus intereses de sus accionistas mayoritarios.

¿Y las redes sociales?

Es cierto que las organizaciones sindicales tienen presencia en la web y las redes sociales (aunque en general, la información que se proporciona en los mismos es de régimen interno o de reporte puntual de conflictos o conquistas). Sin embargo, en la práctica son probablemente más activos sus haters, que propagan en la red (generalmente, con medios superiores a los de propias organizaciones y usando con frecuencia bots) afirmaciones en muchas ocasiones sesgadas, cuando no falsas. Poco a poco se ha ido implementando en muchos sectores de la ciudadanía la convicción de que los liberados sindicales son unos vagos y unos “zampagambas” (sic), que los sindicatos viven de financiaciones públicas, etc.,

magnificando y generalizando a menudo episodios puntuales de corrupción, errores o malas prácticas.

De todo ello se deriva que, como ponen de manifiesto diversas encuestas, la valoración social de los sindicatos es muy baja en nuestra sociedad. Estoy convencido que ese fenómeno no es puntual, sino que tiene una clara finalidad: el debilitamiento del sindicalismo. Algo similar ocurre en otros ámbitos como en el tema fiscal o con las políticas de igualdad -aunque en este caso concurre un mayor poder de réplica por los colectivos feministas-. Sería interesante estudiar los medios de financiación ocultos tras dicha desinformación.

Y a ello cabe añadir -lo que no es menos importante- que la presencia del sindicalismo tradicional en los sectores y franjas de edad más proclives al uso de las nuevas tecnologías es relativamente débil.

No sé hasta qué punto este panorama es reversible. Pero en todo caso quizás ayudaría a ello que los poderes públicos -cumpliendo con el mandato constitucional- u otras organizaciones sociales importantes realizara una actuación proactiva en la materia, a través de medios publicitarios (explicando el papel de los sindicatos y su importancia). Como también resultaría posible financiar en forma finalista a las organizaciones sindicales para potenciar su presencia en Internet y las redes sociales.

6. La representatividad del sindicato

a) ¿Representatividad o representación?

Como ya se ha indicado la LOLS distingue entre la “mayor representatividad” y la mera “representatividad”. En todo caso, cabrá hacer una reflexión incidental: de hecho, dicha norma no está regulando a las organizaciones más “representativas” o las “meramente representativas”, sino su “representatividad”. La “representación” exige civilmente una declaración de voluntad expresa (lo que acaece cuando un trabajador o una trabajadora se afilia a un sindicato), mientras que la “representatividad” deriva de la ley, sin que sea precisa la adscripción individual. El primer concepto se basa, por tanto, en la afiliación (como ocurre con las organizaciones patronales), mientras que el segundo -en nuestro sistema jurídico- deriva del número de personas elegidas para formar parte de los organismos unitarios en las listas electorales. Como se afirma en la reciente STC 63/2024, la “mayor representatividad trasciende así la noción de representación voluntaria ligada al hecho

asociativo, para asumir un rol institucional, como representación colectiva del conjunto de trabajadores de todas las ramas y territorios, sobre la base del dato objetivo de la audiencia electoral, el consenso mayoritario sobre determinadas opciones sindicales que certifica el voto de los trabajadores, afiliados o no a estas centrales sindicales”.

b) ¿Sigue teniendo sentido la figura de la mayor representatividad?

Al margen de dicha reflexión cabe reseñar que, desde hace bastantes años, la figura de la mayor representatividad se halla en el candelero.

Así, desde algunos sectores más propensos a los intereses empresariales se reclama su desaparición, al considerarse que la LOLS comporta una discriminación respecto a “los otros sindicatos”.

Como ya se ha indicado, la institución referida tuvo su razón de ser en su momento en la mente del legislador por un doble motivo: de un lado, evitar la dispersión sindical; de otro, mitigar las dificultades de negociación y participación -a nivel de empresa y de Administraciones públicas- derivada de la existencia múltiples organizaciones. Y, como se ha afirmado en forma reiterada por la doctrina constitucional (por todas: STC 147/2001) las diferencias de trato previstas normativamente no son contrarias al derecho al derecho a la igualdad, al concurrir una causa justificativa razonable, y sin que el distinto trato legislativo afecte al núcleo esencial del derecho a la libertad sindical. Más en concreto, en la STC 75/1992 se afirma que “la promoción de un cierto modelo sindical, en que se potencie la existencia de sindicatos fuertes, en contraposición a un sistema de atomización, puede ser una finalidad legítima desde el punto de vista del art. 14 CE, así como desde el punto de vista del art. 7 CE, por garantizar una más incisiva acción de los sindicatos para el cumplimiento de sus fines”.

Pero la figura del sindicato más representativo no sólo ha sido criticada por sectores cercanos al neoliberalismo: también se ha hecho -en este caso, concurriendo un interés legítimo y directo- desde los sindicatos con menor representatividad (ahí está la Plataforma Sindical Plural).

Debo decir que no comparto la tesis de la derogación legislativa de la mayor representatividad. En efecto, ciertamente, tras casi cuarenta años de vigencia, el sistema ha sido coadyuvante para asentar la preponderancia de los dos grandes sindicatos españoles, CC.OO. y UGT. La única salvedad la hallaremos en el País Vasco (y, en menor medida Galicia), que tiene un sistema sindical nítidamente diferenciado, con singularidades propias.

Pero ocurre que achacar al marco legal la primacía de las dos grandes confederaciones españolas me parece simplista. Siempre he sostenido que un sindicato es una “necesidad” objetiva (por tanto, la exigencia práctica de las personas asalariadas de “unirse” frente al poder patronal). De esta forma, cuando un sindicato mayoritario no responde a las aspiraciones del colectivo asalariado aparecen siempre otras organizaciones alternativas, aunque ello comporte enfrentamiento con los poderes públicos (ahí están los ejemplos de CC.OO. bajo el franquismo, Solidarność en las últimas etapas del régimen socialista polaco, los intentos -frustrados por una brutal represión- de creación de sindicatos libres en la República Popular China o la abortada -e interesante- experiencia a principios del siglo XX de la IWW -los Wobblies- en Estados Unidos).

En consecuencia, aunque admito que la conclusión es discutible, el hecho cierto es que la prominencia de los dos grandes sindicatos en España no deriva de su “colaboración” con el Estado, sino de una mayor conexión con el colectivo de personas asalariadas. Si se me permite la ironía: los aficionados del Valencia CF -por poner un ejemplo y sin pretender herir susceptibilidades- pueden indignarse ante el trato privilegiado que reciben el Real Madrid o el Fútbol Club Barcelona... pero el hecho cierto es que la mayoría de aficionados al balompié siente simpatía por esos dos equipos. Otra cosa, muy distinta, son los valores dominantes actualmente a las clases trabajadoras.

¿Siguen estando vigentes los motivos que justificaron la implementación de la figura en la LOLS? La respuesta ha de ser forzosamente afirmativa, en tanto que la dispersión sindical sigue hoy perviviendo (e, incluso, se ha incrementado). Junto a ello cabe tener en consideración que la determinación de la mayor representatividad se halla en vigor en prácticamente todos los países en los que existen diversidad sindical y, especialmente, a que está expresamente contemplado en el art. 3.5 de la Constitución de la OIT.

c) Propuesta de cambio normativo

Ahora bien, cosa distinta es si alguna de las previsiones normativas derivadas de la LOLS (y posteriormente ampliada en la regulación de las medidas de flexibilidad interna y externa tras la reforma laboral de 2012) sigue teniendo sentido en la actualidad y deberían revisarse. En mi opinión no sería descabellado una cierta modificación de un concreto contenido: el artículo 87.2 ET en su regulación de la legitimación directa de los sindicatos más representativos en la negociación de los convenios de sector, sin exigencia de presencia en los organismos unitarios en el mismo. Ciertamente dicha participación tiene plena lógica en aquellos casos en los que, por las características del sector basada en centros de trabajo muy pequeños sin que existan prácticamente representantes sindicales (por ejemplo:

oficinas de farmacia -vid. STS 04.05.2021, Rec. 164/2019-) o en actividades incipientes en las que no se han realizado procesos electorales suficientes (v.g.: los denominados riders) resultaría imposible concertar un convenio sectorial sin reconocer dicha legitimación a los sindicatos más representativos, tal y como actualmente se contempla en el art. 88.2 ET. Ahora bien, en aquellos sectores con una representatividad sindical bastante, en la que los sindicatos más representativos son minoritarios y no alcanzan los límites legales, quizás es posible alcanzar la conclusión de que la mentada previsión legal es exorbitante.

Por otra parte, tal vez sería posible pensar en un cambio normativo que permitiera combinar en forma mixta representatividad derivada de las elecciones sindicales con la representación -en relación a la afiliación-, al menos en determinados sectores.

7. La vertiente institucional de la acción sindical

a) ¿" Participación" o "representación"?

Centrémonos ahora en la vertiente institucional del sindicato; un aspecto en el que el marco legal privilegia también la mayor representatividad. Aunque esa vertiente de acción sindical no está contemplada en general en los tratados internacionales ni en la concreción constitucional del derecho a la libertad sindical, la doctrina del TC ha venido afirmando que su inclusión en normas legales, con anclaje en los artículos 7 y 129.1 de la Constitución, "constituye un derecho o facultad adicional, que los sindicatos pueden recibir del legislador" (STC 39/1986). Es obvio, por tanto, que la mentada participación deriva de la ley. Pero ocurre que el marco jurídico estatal es disperso e insuficiente.

La LOLS (con el antecedente de la DA 6ª de la Ley Estatuto de los Trabajadores en su versión original de 1980, que fue la primera regulación es el antecedente de la figura del sindicato más representativo y que sigue estando vigente para las patronales) se refiere en su artículo 6.3 a) a la "representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista", pero no define contenidos. Obsérvese, además, como dicho precepto se refiere a la "representación", no, a la "participación". Y, además, dicha redacción utiliza la preposición "ante" y no la preposición "en". Nace así un primer equívoco: una cosa es la interlocución del sindicato con los poderes públicos; otra, su integración en los organismos administrativos que gestionan aspectos sociales. En el primer caso estaríamos hablando con propiedad de "representación institucional", en el segundo de "participación institucional". Pero si entendemos que la LOLS se refiere sólo a aquel primer escenario, cabría entonces concluir

que dicha norma incurre en la evidente omisión de desarrollar el art. 129.1 CE.

b) El vigente marco legal

Paradójicamente dichos mecanismos de representación o participación no han tenido en el ámbito estatal un desarrollo legislativo general, aunque sí en la mayor parte de comunidades autónomas (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Catalunya, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunitat Valenciana, Extremadura, Galicia, Illes Balears, La Rioja, Madrid, Murcia y Navarra). Cabe indicar en este sentido que en el primer semestre de 2022 se abrió trámite de consulta para un Anteproyecto de Ley de Participación Institucional que, sin embargo -tras la posterior disolución de las Cortes- no tuvo mayor recorrido hasta el momento.

A la luz de las previas reflexiones bien puede llegarse a la conclusión de que la vertiente institucional del sindicato tiene dos niveles: de un lado, la participación del mismo en el ámbito administrativo de los distintos organismos públicos -en relación al art. 129.1 CE-; de otra, la representación del sindicato ante los poderes públicos -en conexión con el art. 7 CE-.

En el primer caso –“participación”- hallaremos un marco estatal disperso. Por una parte están los entes públicos de concertación institucionalizada, como son el Consejo Económico y Social o la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, así como -supuesto expresamente observado en el art. 129.1 CE- en el campo de la Seguridad Social (Consejos Generales y Comisiones Ejecutivas Provinciales del INSS y del actual SPEE, Consejo General del Instituto Social de la Marina, Consejo General del IMSERSO, Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social, MUFACE, etc.). A ello cabe añadir la regulación de la participación en organismos directamente relacionados con las relaciones laborales (Consejo General del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, comisiones de elecciones sindicales, Consejo General de la Emigración, Comisión Consultiva del patrimonio sindical, etc.), así como otros supuestos en principio ajenos a las mismas, a veces con un cierto pintoresquismo (sin ánimo exhaustivo: Consejos de Universidades, Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación, Consejo de Navegación y Puertos, Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, Consejo de Administración de RTVE, Consejo Superior Postal, Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar, Consejo Nacional del Clima, Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, Comisión Nacional para el Uso Racional de los Medicamentos, Mesa de la Ciencia Pesquera, Comisión Consultiva de Negociaciones

Comerciales Internacionales, Consejos de Navegación de diversos puertos, etc.). A ello cabe sumar la prolija y extensa regulación en la materia de las comunidades autónomas.

Sin embargo, la “representación” (entendida como interlocución y audiencia en el ámbito de las Administraciones) las referencias legales son escasas y, en general, con un carácter meramente declarativo (por ejemplo, las leyes del voluntariado, de cooperación para el desarrollo, de ferrocarriles, etc.)

Pese a todo no cabe olvidar, en directa relación con el ámbito de la representación, otra faceta tan o más importante: la práctica, no regulada en forma expresa y no generalizada, de concertación social en la elaboración de proyectos de ley o decretos-leyes.

c) La representatividad de los sindicatos

Aunque, en general -mas no siempre-, la legitimación a efectos de dicha área institucional se otorga a los sindicatos más representativos, hay que hacer forzosamente mención a que también esta cuestión ha sido analizada por la doctrina constitucional, introduciendo precisiones significativas en cuanto a un posible trato desigual de las organizaciones que son meramente representativas. A dicho respecto se ha considerado que en la medida en que la participación en los organismos públicos en los se gestionen o administren derechos de índole social afectan a los intereses colectivos de las personas asalariadas, la designa legal exclusiva de los sindicatos más representativos, sin la concurrencia de una causa justificativa y razonable, puede comportar un trato discriminatorio (entre otras: SSTC 7/1990 y 183/1992). E idéntica conclusión se ha alcanzado cuando en ámbitos concretos existe una fuerte presencia de otras opciones sindicales (STC 84/1987).

d) Propuestas de modificación legal

Lege ferenda parece evidente que el ámbito institucional del sindicato debe desarrollarse (como se preveía en el anteproyecto de ley decaído, ya citado). Y en mi opinión dicha posible ley no puede limitarse únicamente a la mera “participación” en los organismos públicos -en desarrollo del art. 129.1 CE-, sino también a la “representación” frente a los poderes públicos (respecto al art. 7 CE).

En relación a aquél primer aspecto cabrá ponderar que, como se ha visto, nos hallamos ante un marco legal realmente disperso e incongruente, que no obedece a criterios claros y definidos. Por tanto, esa futura e hipotética ley debería concretar qué debe entenderse por afectación directa “a la calidad de la vida o al bienestar general” (y no sólo de las

organizaciones sindicales).

Junto a ello creo que sería conveniente una mayor potenciación de la participación sindical (y, en su caso, patronal) en aquellos organismos públicos en los que se dilucidan aspectos que afectan en modo especial al marco de las relaciones laborales. Y aquí cabe hacer un especial énfasis en la participación en las instituciones de la Seguridad Social -que, como se ha dicho y es notorio- tiene una especial mención en el art. 129.1 CE. El marco legal actual en esta materia no deja de ser meramente informativo y no decisorio. Se trata, en mi opinión, de superar la participación sindical como un mero trámite. Por ejemplo, ¿por qué no participan los sindicatos en los equipos de valoración de incapacidades, por ejemplo? Item más: en la medida en que las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social han dejado de ser en la práctica instituciones privadas de aseguramiento de riesgos y se han acabado convirtiendo en pseudo entidades gestoras -o, en determinadas prestaciones, directamente en entidades gestoras- y teniendo en cuenta que, en definitiva, están gestionando dinero público -las cotizaciones- ¿es suficiente, ex art. 129.1 CE, con la participación en su Junta General de un representante de los trabajadores que, además, debe formar parte de su plantilla y los sindicatos no estén presentes en su Junta Directiva y su presencia se limite a la comisión de control y seguimiento?

Pero la labor institucional del sindicato no debe limitarse, como se ha indicado, a la participación sino también a la representación.

Y en ese marco cobra especial significado la constatación de que la concertación social tripartita debe -reitero que desde mi punto de vista- ser reconocida con rango legal y como trámite previo y forzosa -salvo circunstancias excepcionales- ante cualquier cambio normativo que afecte a las relaciones laborales y a la Seguridad Social (en directa conexión con la recomendación 8 a) del Pilar Europeo de Derechos Sociales). No se me escapa que, de hecho, el Comité Económico y Social (al margen de que los intereses concurrentes en el CES no son sólo los de los sindicatos y la patronal) elabora los preceptivos informes de los correspondientes Anteproyectos de Ley, conforme al art. 7 de la Ley 21/1991. Ahora bien, los informes no dejan de ser informes. Por ello sería interesante, en mi opinión, que, en cumplimiento del art. 7 CE, los agentes sociales participen en la elaboración del anteproyecto de ley o de decreto-ley -reitero que salvo situaciones excepcionales-. Ciertamente ha sido ésa una práctica que se ha utilizado -especialmente en los últimos cuatro años- en múltiples ocasiones. Pero cabrá observar que ello no ha sido siempre así en tanto que no existe obligación legal alguna en la materia.

8. Sindicato y participación en la empresa

a) El concepto de “participación en la empresa”

Se trata de una noción difusa, en tanto que en el mismo se engloban en el derecho comparado experiencias de muy diversa intensidad, como son: a) la integración de la representación de las personas trabajadoras en los organismos societarios (impropiamente denominada cogestión); b) la codecisión (esto es: el forzoso acuerdo entre las partes); c) la negociación entre las partes del ejercicio de las potestades organizativas del empleador; d) la audiencia antes de la toma de decisión; y e) la mera comunicación por la empresa.

La diversidad es también apreciable respecto a los sujetos que ejercen dicha participación: hallaremos experiencias en los que el papel protagonista corresponde al sindicato, como en el Reino Unido (a través del tradicional “shop steward”) y los países europeos más septentrionales (en especial, Suecia), sin embargo, en la mayor parte de ordenamientos europeos (Países Bajos, Alemania, Austria, Luxemburgo, etc.) la participación se efectúa a través de lo que hoy en nuestro marco jurídico conocemos hoy como “organismos unitarios”. Resulta significativo en este sentido que en muchos países la implantación de estos últimos, en detrimento del sindicato, tuvo su origen en la oposición patronal al reconocimiento como interlocutor de éste en el centro de trabajo. Ahí están los ejemplos de Francia, dónde hasta la reforma derivada de las movilizaciones del famoso Mayo del 68 no se reconocieron las secciones sindicales; o el de Italia, dónde, pese a su tradicional cultura consejista y de las denominadas “comisiones internas” (abolidas por el fascismo y recuperadas posteriormente), el reconocimiento del sindicato en la empresa no tiene lugar hasta el Statuto del Lavoratori de 1970, tras el “autunno caldo”.

b) El papel subalterno del sindicato

Cambiando de tercio, pasemos ahora a las reflexiones relativas a la participación en la empresa. Como es notorio nuestro modelo pivota en el famoso doble canal: la representación unitaria, defendiendo los intereses del conjunto de la plantilla, y la sindical, atendiendo básicamente a los de las personas afiliadas. A lo que cabe añadir que esporádicos convenios optan por dotar de competencias a la comisión paritaria del convenio.

Ocurre, sin embargo, que la participación del sindicato es básicamente subsidiaria o accesorio a la del comité de empresa, como ya se ha señalado. Y, en especial, que la atribución el mismo de auténticas funciones representativas queda constreñida en la ley

a aquellas empresas o centros de trabajo que ocupen, al menos, a doscientas cincuenta personas. Aunque esa frontera es disponible por la negociación colectiva, la práctica convencional pone en evidencia que son pocos los convenios que reducen el límite legal.

Ello conlleva un evidente problema, en tanto que, por la estructura productiva vigente en España, las empresas (o centros de trabajo) que superen dicha cifra son escasas. Y, pese a que desde la aprobación de la LOLS han transcurrido casi cuarenta años, nunca el legislador a lo largo de dicho lapso temporal ha tenido intención alguna de disminuir el porcentaje vigente, lo que no deja de ser un tanto sorprendente si se tiene en cuenta que la frontera de 250 personas asalariadas también regía en la LOIEMH a efectos de determinar la obligación empresarial de elaborar planes de igualdad, habiéndose reducido el mínimo de plantilla a cincuenta personas tras el RDL 6/2019.

c) Propuestas de modificación legal

Desde mi punto de vista la promoción del sindicato en la empresa a efectos de participación deberá seguir, en primer lugar, ese mismo camino, aminorando los lindes cuantitativos de las plantillas.

Ello debería ir acompañado de un incremento de las competencias de participación del sindicato en la empresa -junto con la potenciación de los derechos en esa materia a la que seguidamente se hará alusión, con carácter general-. Esa potenciación debería centrarse en mi opinión esencialmente en el terreno de lo que es la atribución competencial por excelencia del sindicato: la negociación colectiva. Baste la lectura del art. 87.1 ET para comprobar cómo el marco legal privilegia la legitimación de los organismos unitarios en la negociación de los convenios de empresa. Y ello tiene una evidente traslación en la realidad negocial de este país, en la medida en que -salvo en las grandes empresas- los convenios de dicho ámbito son generalmente suscritos por los organismos unitarios. Llama la atención en este sentido que la propia ley opta por una solución contraria -otorgando legitimación exclusiva al sindicato- en el caso de los convenios de grupos de empresa, los convenios multiempresariales y los denominados "convenios franja". Es ésta una opción que debería extenderse también a los convenios de empresa o centro de trabajo (salvo, lógicamente, aquellos supuestos en que la conformación de la representación unitaria sea mayoritariamente independiente).

Algo similar ocurre en el caso de la regulación de la comisión representativa de las personas trabajadoras en el caso de movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reducción de la jornada de trabajo o suspensión contractual por

causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor y las acogidas al mecanismo RED, los despidos colectivos y la inaplicación del convenio. De nuevo aquí la legitimación se otorga prioritariamente a la representación unitaria, de existir la misma.

Considero que dejar en manos de los sindicatos con carácter preferente la negociación colectiva en la empresa tendría un efecto de potenciación de los mismos, en tanto que esa posible nueva regulación pondría en evidencia que, aunque la representación de la plantilla se ejerce esencialmente por los delegados de personal o los comités de empresa, la negociación de las condiciones contractuales y las medidas de flexibilidad interna y externa corresponden al sindicato.

9. La problemática de nuestro modelo de participación en la empresa

a) Un modelo de participación débil

Centrémonos ahora en el marco legal de la participación en forma general, más allá de los sindicatos.

Como he indicado en páginas anteriores la Ley Estatuto de los Trabajadores en su redacción adicional optó por regular unas competencias en la materia que se han calificado como débiles. Y pese a las más de cuatro décadas transcurridas desde entonces el panorama entonces vigente no ha experimentado ampliaciones. Más bien todo lo contrario: aunque en los artículos 40, 41 y 51 ET se sigue manteniendo el período de consultas, se ha reforzado el papel decisorio del empleador (sustituyendo las atribuciones de la Administración). Y, de otra parte, supuestos en los que anteriormente se precisaba la codecisión entre las partes (verbigracia: la distribución irregular de la jornada, la inaplicación del convenio, contenidos del calendario laboral, etc.) se han visto diluidos. Es más, si se comparan las atribuciones de las personas representantes de la plantilla contenidas en la Directiva 2002/14/CE (que, cabe recordar, es una norma de mínimos) con el redactado del art. 64 ET, podrá comprobarse como mientras que en aquélla se contempla la obligatoriedad de consulta (entendida como "intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario") en aspectos como "la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo", la norma estatal limita el papel de la representación a la información o a la presentación de informes. A ello cabe añadir que, de conformidad con el art. 27 CDFUE,

las empresas deben proporcionar “información y consulta con suficiente antelación”. Y asimismo hay que mencionar a la recomendación contenida en el apartado 8 b) del Pilar Europeo de Derecho Sociales al derecho de información y consulta “sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos”

Por su parte, el artículo 28 de la Carta Social Europea (revisada) impone el derecho a que la representación de las personas asalariadas en la empresa sea consultada “oportunamente sobre las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores, y en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”.

Tenemos pues un marco legal de participación en la empresa que puede ser calificado como limitado y de escaso contenido y que no parece adecuado a la normativa comunitaria y a la Carta Social Europea (revisada).

b) Propuestas normativas para fortalecer la participación

En mi opinión sería conveniente reforzar la participación de las personas trabajadoras en la empresa, especialmente respecto al ejercicio empresarial de sus poderes de organización y, aún con mayor énfasis, respecto a la introducción de nuevas tecnologías y sus efectos, que vayan más allá de la simple información puntual. Se trata de superar el mero trámite informativo actualmente vigente (“democratizar la empresa”, como reivindica Antonio Baylos), a fin de articular en esos terrenos mecanismos de participación fuertes que permitieran una negociación efectiva y más igualitaria, previa a la adopción de cambios en el trabajo (en definitiva, mayor transparencia), lo que, amén de fortalecer la representación colectiva, conllevaría un evidente mejor clima laboral de alcanzarse consenso entre las partes. Es ése, además, un aspecto que tiene además expresa observancia en el art. 22 de la Carta Social Europea (revisada).

Ciertamente hablar hoy de establecer mecanismos fuertes del control del poder empresarial de organización puede parecer muy osado. Sin embargo, no está de más recordar que en nuestra evolución histórica contamos con algún antecedente. Así, la “Ley Salmón” – llamada así por el ministro del ramo- de 25 de junio de 1935 y, especialmente, su posterior reglamento-, surgida en unos momentos de grave crisis económica, preveía, entre otras medidas que no vienen al caso, que si un empresario quería despedir a trabajadores por causas económicas en primer lugar debía analizar si el despido podía ser evitado a través de mecanismos como el establecimiento de turnos de trabajo o reducciones de

días laborales de labor. Y esa posibilidad de soluciones alternativas se encomendaba, en cuanto a su verificación, a los Jurados Mixtos (algo así como los actuales sistemas de autocomposición de conflictos) entonces vigentes, de tal manera que si la conclusión de los mismos era que su implantación resultaba imposible, la empresa podía despedir; y, en caso contrario, el empresario tenía las puertas abiertas para volver a plantear la cuestión ante el Ministerio de Trabajo que podía autorizar –o denegar- la medida extintiva. Se diseñaba, por tanto, un modelo caracterizado por una fuerte participación en el seno del núcleo esencial decisorio del empleador, con tutela final por parte de la autoridad laboral. Obsérvese como, pese a las evidentes similitudes con el modelo actual (de hecho, es la primera norma que regula los hoy llamados despidos colectivos), en el paradigma republicano la decisión relativa a la implementación de otras medidas se exteriorizaba en sistemas autocompositivos, de tal manera que en función de su concurrencia –y no, de la voluntad de la empresa- el empleador podía acudir o no a las extinciones contractuales. Una ley similar es hoy impensable, so riesgo de que se acuse a su autor de radical de izquierdas.

Pero no está de más recordar que dicha norma se publica durante el llamado “bienio negro” y, más en concreto, con la CEDA ya en el gobierno (y buena parte de los líderes de izquierda y sindicales en prisión tras los hechos de octubre de 1934).

Sin embargo, cabe preguntarse si ese modelo de participación débil actualmente vigente se adecúa a la nueva realidad productiva.

El fordismo por definición precisaba que nadie discutiera el poder en la empresa, por su estructura jerarquizada. La empresa piramidal reclamaba una legitimación absoluta y acrítica en la toma de decisiones, de carácter quasi militar. Por tanto, el reconocimiento del poder prácticamente omnímodo del empleador y, en consecuencia, un modelo autoritario de relaciones laborales. Ciertamente que ello es inherente a cualquier forma de producción capitalista por definición. El pacto welfariano comportó, como se ya se ha indicado, que el sindicalismo pasara al terreno colaborativo y dejara atrás la práctica de la confrontación en la empresa. Las Ordenanzas laborales son en España la clara plasmación de esa tendencia, impuesta “manu militari”. Sin embargo, el advenimiento del actual modelo constitucional y su práctica convencional no han variado esencialmente los mecanismos competenciales en la organización del trabajo. Son muy frecuente en este sentido las cláusulas convencionales en las que se afirma que la ordenación del trabajo es facultad exclusiva del empresario y limitan el papel de la representación de la plantilla a velar por el cumplimiento de la normativa en vigor. No deja de ser significativo en este sentido que, aunque el derecho de libertad de empresa no tiene en el art. 38 de nuestra Constitución la condición de derecho fundamental, en determinadas interpretaciones del TC -o de la jurisprudencia- parece

haberla adquirido, dándole mayor prevalencia que a otros de igual rango, como el derecho al trabajo y a la negociación colectiva (véase, como claro ejemplo, la STC 8/2015).

Pero ocurre que la disgregación de la empresa fordista y la implementación de las nuevas formas productivas no han comportado ningún cambio ostensible en la regulación de las competencias de organización del trabajo. Y, sin embargo, resulta del todo evidente que lo que llamamos flexibilidad significa, entre otros aspectos polifacéticos, una mayor responsabilidad en la toma de decisiones por parte de los trabajadores en la producción, en tanto que el “gorila amaestrado” del ingeniero Taylor es ahora algo más que una pieza –una “apersona”- en el engranaje de una cadena. Por tanto, difícilmente puede pretenderse que el modelo autoritario y vertical fordista se implemente, sin más, en una forma de organización del trabajo más horizontal. Permítanme seguir con la provocación: ¿por qué una empresa puede novar el contenido del contrato por la vía del art. 41 ET de concurrir las causas allá fijadas, y, en cambio, la ley no observa que, de devenir aquélla a mejor fortuna no pueda instarse un procedimiento inverso?; o ¿por qué la empresa puede acudir a la inaplicación del convenio -que tiene constitucionalmente fuerza vinculante- en materia salarial siguiendo los trámites del art. 82.3 ET en una situación de crisis y, en cambio, las personas trabajadoras tienen interdicto plantear un conflicto colectivo, ex art. 20 DL 17/1977 si se aumentan las ganancias?

Esa lógica determina, a título de ejemplo, que la negociación colectiva sea totalmente ajena –en general- a los procesos de descentralización empresarial. Prácticamente no hay instrumentos convencionales de codecisión o, al menos control, de esas prácticas. Son residuales los supuestos de negociación colectiva o tutelas horizontales entre las variadas realidades societarias que conforman la empresa-red o el grupo de empresas.

c) Por un nuevo ámbito material de representación

Creo que nuestro modelo de representación en la empresa adolece de un evidente problema de adaptación a las nuevas formas de organización societaria de las empresas. El sistema vigente está basado esencialmente en el concepto de empresa única y centralizada, obviando la nueva realidad de las empresas red y la descentralización productiva.

En el caso de la representación unitaria cabrá observar que el ámbito material de los delegados de personal y comités de empresa está tajantemente regulado en los artículos 62 y 63 ET, en base al parámetro central del centro de trabajo, concurriendo una interpretación jurisprudencial que impide cualquier disponibilidad de sus términos, incluso en sede de negociación colectiva (por todas: STS 28.05.2024, Rec. 12/2022). Y en cuanto a las

secciones sindicales cabrá estar al art. 8.1 a) LOLS, remitiendo a la “la empresa o centro de trabajo” (resultando notorio que en esta materia la jurisprudencia -aunque no siempre en forma pacífica- ha venido observando que la determinación de cada ámbito corresponde al propio sindicato, sin que forzosamente tenga que existir correspondencia con el de los organismos unitarios).

Pero obsérvese como ese marco legal -y la doctrina judicial que lo interpreta- comporta una evidente dificultad de articular mecanismos de representatividad en sistemas complejos de articulación empresarial, como son los grupos de empresa. Pese a que es ésta es una realidad muy implementada en la actualidad, nuestro marco legal no permite (o, al menos, obstaculiza) la concreción de sistemas de representación polisocietarios. Téngase en cuenta en este sentido que la Ley 10/1997, en desarrollo de la Directiva 94/45/CE, sí reconoce los mecanismos de participación correspondientes siempre y cuando la empresa o el grupo tenga dimensión comunitaria.

Es ése un vacío legal que tiene importantes consecuencias en la práctica, como ocurre, por ejemplo, en el caso de despidos colectivos de varias empresas o de un grupo por motivos conexos.

Ítem más: la descentralización productiva comporta que en un mismo centro de trabajo concurren personas asalariadas que prestan servicios para varias empresas y dentro de un marco organizativo más o menos común. Pues bien, en esta materia el actual marco legal se limita a contemplar la coordinación empresarial en materia preventiva (art. 23 LPRL) y, por su parte, el art. 42 ET, tras la Ley 43/2006, permite a las personas asalariadas de la empresa comitente puede formular ante la representación de la empresa contratista (de no existir representantes en ella) “cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral”, así como la celebración de reuniones de coordinación entre ambos organismos de representación.

Pues bien, cabe preguntarse si tiene sentido que no puedan existir organismos unitarios de representación o formalizarse secciones sindicales en el ámbito de los grupos de empresa o en aquellos casos de descentralización productiva en el mismo centro de trabajo. En todo caso, no está de más señalar que esa posible opción comportaría un auténtico cambio en el modelo orgánico de estructura de las organizaciones sindicales, cada vez más centralizado.

d) La problemática de los representantes no afiliados

Por otra parte, llama la atención la actual doctrina constitucional respecto a las garantías

antidiscriminatorias de las personas que, ostentando la condición de delegados de personal o miembros del comité de empresa, no están afiliadas a ninguna organización sindical (un aspecto que pone en evidencia la problemática derivada de la dispersión en nuestra Constitución de los contenidos del derecho a la libertad sindical).

Como es conocido la doctrina constitucional desde la STC 118/1983 ha venido entendiendo que los organismos de representación unitaria no tienen cobijo en el art. 28.1 CE, sino que su marco de actuación se sitúa en el art. 129.2, por lo que no pueden acudir a la protección del art. 53.2 CE. Ocurre, sin embargo, que cuando la persona que ejerce dicha representación sí está afiliada a un sindicato, se le reconoce el amparo en aquella primera norma.

En este sentido no está de más recordar que el art. 28 de la Carta Social Europea (revisada) establece que “los representantes de los trabajadores” deben gozar “de una protección efectiva contra los actos que les puedan perjudicar, incluido el despido, motivados por su condición o sus actividades como representantes de los trabajadores dentro de la empresa”. En principio podría alcanzarse la conclusión de que dicho mandato de la mentada norma internacional tiene en nuestro país un concreto desarrollo en los artículos 52 c), 55.1, 56.4 y 68 ET. Sin embargo, esa deducción resulta en mi opinión simplista: una cosa son las garantías legales -que es aquello que se observa en nuestro marco legal-, otra la protección ante la discriminación (algo similar ocurre, por ejemplo, respecto a las trabajadoras embarazadas o quienes ejercen derechos de conciliación, ex arts. 53.4 y 55.5 ET y el doble canal tipificador de la nulidad de los despidos).

Es cierto que, sin embargo, la doctrina constitucional no ha dejado del todo desprotegidas a las personas no afiliadas que ejercen la representación unitaria, al extender la denominada garantía de indemnidad ante las quejas internas, susceptibles hipotéticamente de dar lugar a una reclamación judicial, integrando la tutela constitucional en el art. 24 CE y en relación al artículo 5 c) del Convenio 158 OIT. Sin embargo, esa doctrina no deja de presentar problemas reales en aquellos casos en los que el representante o la representante no afiliado/a no formula queja susceptible de judicialización, como puede ocurrir, por ejemplo, cuando se mantienen posturas críticas con la empresa en mesas de negociación o se emiten comunicados oponiéndose a determinadas actuaciones empresariales o dicha persona se niega a firmar un determinado acuerdo de empresas. En estos supuestos no está actuando defendiendo los intereses particulares sino en defensa del interés colectivo. Pues bien, como el propio Tribunal Constitucional ha venido indicando en alguna ocasión (por ejemplo: SSTC 37/1983, 51/1984, 134/1994, 94/1995, etc.), el derecho a la libertad sindical comprende también su vertiente funcional; esto es: el derecho a la acción sindical. Y

desde mi punto de vista la “acción sindical” -por tanto, la defensa de los intereses colectivos de las personas asalariadas- también puede ser ejercido por personas no afiliadas.

e) ¿Participación en los órganos de gobierno de las empresas?

Durante mucho tiempo ha sido una reflexión más o menos concurrente la posibilidad de regular la participación sindical en los órganos sociales de las empresas privadas, siguiendo la estela de otros países europeos, como Alemania o Suecia. Es ése un debate que en los últimos tiempos ha reverdecido, tras las impactantes reflexiones del economista francés Thomas Piketty. De hecho, el grupo parlamentario de Sumar presentó una proposición no de ley “relativa a la democracia en el trabajo y los derechos de participación de las personas trabajadoras”, que fue rechazada por la Comisión de Trabajo, Economía Social, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados.

Es ésa una propuesta que no deja de comportar problemas prácticos. En primer lugar, parece evidente que dicha medida sólo sería de aplicación en las grandes empresas con múltiples accionistas (y, generalmente, cotizadas), en tanto que ningún sentido tiene la participación en un consejo de administración compuesto por tres accionistas. Y ello determina que la incidencia de la medida, dada la estructura productiva española, tenga una eficacia ciertamente limitada. Por otra parte, cabe tener en cuenta que en muchas ocasiones -especialmente, en el sector bancario- dicha participación societaria ya se produce.

También cabría preguntarse- lo que formulo únicamente como hipótesis- si en los actuales momentos del sindicalismo la vertiente colaborativa del mismo debe ser la prioritaria y si no debería privarse la potenciación de la representación frente a la empresa en los aspectos esencialmente laborales, en línea con las reflexiones efectuadas previamente. Pese a ello, no deja de ser cierto que dicha presencia societaria podría comportar cierta incidencia en relación a aspectos como la responsabilidad social de las empresas, el medio ambiente, las políticas de igualdad o, en relación a la reciente Directiva 2024/1760, la debida diligencia en los casos externalización.

10. ¿Hay que modificar nuestro modelo de negociación colectiva?

a) El papel subalterno de la negociación colectiva

La evolución histórica en nuestro país ha comportado que en el modelo vigente concurra

la subalternidad absoluta del convenio ante la Ley: esta última deviene la regla general y universal y aquellos se convierten en pactos de mejora o adaptación en cada sector o empresa. Si bien se mira ese modelo no es nada más que el seguimiento del modelo franquista (aunque sería mejor llamarlo corporativo: es ésa una tendencia que no sólo aparece en España, aunque quizás aquí es donde aparece con más crudeza). Ello comporta que los agentes sociales renuncien implícitamente a estructurar un modelo de poder alternativo a la Ley en el seno del Estado, una auténtica autonomía decisoria en el marco de las relaciones laborales. Lo señalaba hace ya muchos años Antonio Baylos en su clásico *Derecho del Trabajo, modelo para armar*. Ciertamente que el sometimiento de la autonomía colectiva a la heteronomía viene conformando la doctrina constitucional en la interpretación de nuestra Carta Magna. Ahora bien, una cosa es que no sean aquí trasladables las lógicas de empoderamiento autónomo de los modelos anglosajones y septentrionales europeos y otra, muy distinta, que los agentes sociales hayan renunciado prácticamente (con la excepción de los mecanismos autocompositivos y de formación continua) a conquistar terrenos de poder autónomo, al margen de las normas del Estado (o sin subalternidad con las mismas). Por poner un ejemplo: ¿por qué se delega a la Ley la transposición de ciertas Directivas sociales en lugar de acudir a acuerdos interconfederales?

De esta manera, los contenidos contractuales derivan directamente del Estado y la negociación colectiva es un mero apéndice de los mismos, no una regulación autónoma. Una especie de reglamento singular. Y esa inercia ha contribuido en buena medida –junto con el empobrecimiento de contenidos convencionales– a la incapacidad de dar respuestas a la problemática de las nuevas formas de organización del trabajo y la producción. Ello es así porque la Ley no puede solucionar los nuevos retos actuales. Esas nuevas formas se caracterizan por su dispersión –ya no hay un solo modelo de producción, sino múltiples–, así como por su continua mutación. Y la Ley es, por definición, universal –se aplica una sola regulación a todas las realidades– y tiene voluntad de permanencia. Pues bien, la experiencia secular del Derecho del Trabajo pone de manifiesto que sólo existen tres fuentes del mismo: la heteronomía, la autonomía colectiva y la autonomía individual. Y que todas ellas suman cero, es decir, lo que pierde una lo gana la otra. De esta manera, ante la incapacidad de la Ley –por los motivos expresados– de dar respuesta a la dispersión de modelos contractuales y de continua adaptación, la autonomía colectiva es la fuente llamada a suplir esos vacíos. Sin embargo, en la mayoría de casos los convenios colectivos han sido incapaces hasta la fecha de llenar los huecos (con la única excepción de alguna experiencia concreta y de los ignotos acuerdos y pactos de empresa) Y ello ha comportado un incremento práctico de la autonomía decisoria de los empleadores. El resultado es obvio: por un lado, el sindicato ha ido perdiendo fuerza negocial; por otro, aunque el empresariado la ha ganado –con las consiguientes dosis de precarización– ello ha ido

en detrimento del modelo productivo, en tanto que la implantación de “lo nuevo” se ha producido sin el imprescindible consenso social, con obvios efectos sobre la productividad y la metabolización social del cambio productivo.

b) Un modelo disperso y, en general, de pobres contenidos

Es un lugar común de cualquier analista -incluyendo a los propios agentes sociales que en forma reiterada así lo vienen exponiendo en los sucesivos acuerdos interconfederales- que nuestro sistema negocial adolece de una falta de congruencia interna y de una dispersión de ámbitos (especialmente si se compara con otras experiencias de países próximos).

Según el Anuario de Estadísticas Laborales en el año 2022 -último disponible cuando escribo estas líneas- se firmaron en España casi 1500 convenios. Si se comparan dichas cifras con las anteriores a la crisis de 2008 (ese año se suscribieron 6000 normas colectivas) podría alcanzarse la conclusión de que el sistema tiende a la racionalización. Sin embargo, no creo que ello sea exactamente así, en tanto que debe tenerse en cuenta que en los últimos tiempos el ámbito temporal de dichas normas convencionales tiende a prolongarse (a diferencia de etapas anteriores, ya no son frecuentes las vigencias anuales). De hecho, hoy por hoy resulta prácticamente imposible determinar cuántos convenios están en vigor (puesto que hay convenios vencidos hace años y no renovados pero que mantienen su eficacia y otros, especialmente de empresa, formalmente en vigor, pero sin eficacia real -por ejemplo, por cierre o por subrogación empresarial, acuerdo de sometimiento a otro convenio, etc.-).

Pero ocurre que una negociación de ese calibre exige medios suficientes, lo que choca con un modelo que, como hemos señalado, desincentiva la afiliación sindical.

Ello explica que, pese a que España tiene uno de los índices de cobertura más elevados (aunque habría que matizar que la determinación estadística de dicha cobertura es deficiente), nuestros convenios adolezcan en su mayoría de insuficiencias en sus contenidos. Cualquier persona que tenga la rara costumbre de leer los múltiples convenios que se publican a diario, podrá comprobar como en muchos casos buena parte de sus cláusulas no son otra cosa que una reproducción de la normativa legal (a veces, en redactados derogados) y, lo que es más importante, que resultan escasamente permeables a los nuevos sistemas de organización del trabajo y de la producción y a la conformación del interés colectivo de una parte de las personas afectadas. Ciertamente no es ésa una conclusión universal, en tanto que en concretos ámbitos se han producido en los últimos tiempos avances ciertamente significativos en materia de políticas de igualdad

y no discriminación, conciliación de la vida laboral y familiar y, en menor medida, el uso de las TIC. No está de más recordar que en determinados sectores existía, hasta hace relativamente poco, la remisión de la regulación de determinados convenios a las Ordenanzas Laborales. He explicado en múltiples ocasiones un comentario de Ramon Alos en nuestra inolvidable etapa conjunta en el CERES: una investigadora alemana estaba haciendo estudios sobre los convenios colectivos en España y se dedicó a la ímproba tarea de leerlos. Pocos días después, agotada, se acercó a Ramon y se quejó que todos los convenios colectivos eran iguales: “visto uno, vistos todos”. Quizás la teutona exageraba. Pero algo de cierto hay en esa aseveración. El modelo “formal” de convenio es idéntico en la inmensa mayoría de supuestos, aunque se trate de sectores muy diferenciados. Es como si hubiera una especie de “plantilla” general, de tal manera que en cada ámbito se rellenaran concretos aspectos contractuales. Plantilla que, además, no difiere demasiado de la de las extintas Ordenanzas.

A ello cabe añadir la notoria falta de articulación interna. No es infrecuente que determinadas actividades se solapen entre convenios sectoriales. Y que, a su vez, los convenios de ámbito inferior rehúyan cualquier articulación con los de ámbito superior. Aunque ciertamente es ésa una tendencia que se ha tendido a corregirse en el último período (teniendo en cuenta los múltiples cambios normativos experimentados en la regulación legal de concurrencia de convenios), el hecho cierto es que aún es muy habitual la falta de articulación interna.

Permítanme una reflexión: cuando explico esa conclusión a mis amigos y amigas sindicalistas es común que se me ponga como ejemplo, para rebatirla, el Convenio General de la Industria Química. Sin duda que dicho convenio es un ejemplo de contenidos y articulación; sin embargo, el problema es que dicha práctica es absolutamente minoritaria en nuestro panorama.

c) Reflexiones sobre la posibilidad de un nuevo paradigma regulador

Soy consciente que modificar una inercia que lleva decenios de vigencia resulta problemático y complejo. Sin embargo, cabe preguntarse si el actual modelo se adecúa a las nuevas realidades productivas y organizativas, así como a los intereses de una buena parte de la población asalariada. Desde mi punto de vista es posible una readaptación de la lógica imperante por una doble vía.

La primera de ellas -que no requeriría cambios legales- consistiría -en línea con las reflexiones iniciales de este apartado- en utilizar la palanca prevista en el art. 83.3 ET: por

tanto, alcanzar acuerdos interconfederales o sectoriales que vayan más allá de la simple recomendación a los ámbitos “inferiores” -como es la práctica común hasta la fecha- y que -en línea con las previsiones legales- tengan efectos erga omnes. De esta forma sería posible -sin intervención del legislador- regular con eficacia general contenidos contractuales, especialmente, los afectantes a las nuevas realidades del mundo laboral.

La segunda, consistiría en potenciar los convenios sectoriales -con una readaptación lógica de ámbitos materiales y territoriales-, limitando progresivamente los convenios de empresa. Soy consciente que ante un panorama productivo en constante cambio y ante una realidad diversa en cada empresa una recentralización del modelo negocial podría tener efectos adversos. Sin embargo, ello podría ser compensado a través de un cambio normativo que desarrollara y regulara una realidad hoy fuertemente implantada, pero con una insuficiencia regulatoria obvia, como son los pactos y acuerdos de empresa. Se trataría, por tanto, de dotarlos de un marco normativo específico -potenciando la legitimación del sindicato- y, a la vez, de someter su control a las comisiones paritarias de los convenios (algo similar a lo ya previsto en el Convenio General de la Industria Química). A lo que cabe añadir la necesidad de que dichos acuerdos empresariales sean de público conocimiento, mediante su publicación en los correspondientes diarios oficiales.

Por otra parte, cabe observar que la tendencia ya apuntada respecto a la ampliación de la duración de los convenios conlleva otro problema práctico: la dificultad de adaptación ante nuevas realidades emergentes. En este punto creo que no sería descabellado dotar de competencias de modificación a las comisiones paritarias -sin necesidad de acudir a la comisión negociadora- superando, por tanto, la jurisprudencia vigente a través de la correspondiente modificación del art. 85 ET (como, por cierto, ya estuvo vigente durante ocho meses, entre el RDL 7/2011 y el RDL 3/2012).

d) La negociación colectiva ante los nuevos retos sociales

Los contenidos generales de la negociación colectiva siguen en buena medida anclados en la lógica fordista: esto es, se basa en el intercambio entre productividad y salario/jornada de trabajo. Esa lógica conlleva que sean poco sensibles a nuevas realidades emergentes como son la adaptación al cambio tecnológico, el medio ambiente y la igualdad de género (incluyendo la conciliación con la vida familiar). Si acudimos al Anuario de Estadísticas Laborales podremos comprobar como en el año 2022 sólo el 12,6 % de los convenios colectivos abordaron la primera de dichas cuestiones. Y, más en concreto, el trabajo a distancia -pese a la evidente delegación legal a la autonomía colectiva en la Ley 10/2021- tenía también un escaso desarrollo (un 16,7 por ciento de las normas colectivas). Por su

parte, la cuestión medioambiental se trató en el mismo período en un 7,95 por ciento de los convenios.

Sin embargo, esos insuficientes contenidos en el terreno porcentual no se cumplieron en materia de igualdad, en tanto que, según el AEL, en 2022 casi la mitad de las normas colectivas registradas abordaban los planes de igualdad, el acoso sexual o por razón de género y las medidas de conciliación.

En todo caso y en cualquiera de dichos supuestos, cabe hacer mención a que una cosa son las estadísticas meramente numéricas y otra, los contenidos. Y esa constatación entronca con la pobreza normativa de nuestro panorama negocial, a la que antes se hacía mención.

En este sentido, nuestro país adolece en mi opinión de un grave defecto: aunque es fácil acceder a través de la red a los contenidos de los convenios y disponemos de estadísticas sobre su número, afectación, distribución por ramas y territorios, etc., no existen análisis concretos y comparativos de contenidos. Ciertamente desde hace un decenio el AEL, como se acaba de referir, contiene datos estadísticos sobre las materias pactadas, pero seguimos sin tener bases de datos comparativas sobre las materias tratadas. Y aunque en determinadas materias existen estudios académicos (no demasiado numerosos), cabe referir que dichos análisis acostumbran a ser cuantitativamente limitados. Dicho déficit intentó ser solventado en su momento por el RDL 7/2011, que comportó la sustitución de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, organismo al que se encomendaba, entre otras funciones, la realización de informes sobre los contenidos convencionales. Sin embargo, la duración de dicha norma fue efímera, al ser expresamente derogada por el RDL 3/2012, que repuso la CCNCC en sus anteriores términos, sin que el posterior RD 1362/2012 recuperada la función descrita.

Personalmente me dediqué durante un largo tiempo a analizar y clasificar las cláusulas convencionales por materias, realizando estadísticas al respecto (algunos resultados los hallarán en publicaciones de la Generalitat de Catalunya, la Universidad de Granada y ESADE). Aunque he abandonado ese (mal) hábito hace aproximadamente unos doce años (la edad y la acumulación del trabajo me impelieron a ello) las conclusiones que obtuve eran realmente preocupantes, en tanto que la inmensa mayoría de normas colectivas analizadas se limitaban a la mera transcripción de la ley o a redacciones genéricas y carentes contenidos). Soy consciente (puesto que sigo leyendo los convenios más importantes) que es ése un panorama que progresivamente ha ido cambiando; más, pese a ello, nos hallamos muy lejos de un panorama mínimamente suficiente. De hecho, la patronal y los

sindicatos firmantes de los distintos Acuerdos Interfederales de Negociación Colectiva son conscientes de dichas carencias, al pactarse orientaciones concretas -algunas ciertamente interesantes y significativas- en estas materias.

¿Cómo romper el mayoritariamente imperante *quid pro quo* productividad vs salario y jornada?

Ciertamente resulta difícil que unos sindicatos carentes de medios materiales suficientes puedan avanzar en forma más o menos rápida en un cambio de orientación de los contenidos y las lógicas imperante en miles de convenios. Y resulta evidente que muchas empresas no tienen demasiado interés en romper la inercia actual.

Aunque obviamente no me corresponde a mí suplantar el papel de las organizaciones sindicales, creo que la única solución pasaría, en línea con las reflexiones del apartado anterior, que los mentados acuerdos interfederales pasaran a tener en las materias aquí analizadas un carácter obligatorio y no meramente orientativo; por tanto, que operaran como norma mínima, con disponibilidad de contenidos en ámbitos negociales inferiores.

Mención aparte merecen las políticas de igualdad y de conciliación de la vida laboral y familiar. En esta materia sí creo posible un cambio normativo: regular cuotas por sexo en las comisiones paritarias. De hecho, la reciente Ley Orgánica 2/2024 ya ha venido a contemplar esa opción, modificando la LOLS, en los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos (y, asimismo, lo ha hecho en idéntico sentido en cuanto a las patronales, reformando el ET). Y aunque es ése un paso importante (que había sido ya barajado en su momento en la tramitación de la LOIEMH) su implementación no abarca -al menos, en forma mediata- a las personas que negocian los convenios.

11. El conflicto colectivo y su composición

a) ¿Qué hacer con la regulación del derecho de huelga?

Resulta absurdo -y escandaloso- que un derecho fundamental esté desarrollado por una norma sobrevenida del postfranquismo, sin que en la materia hayan existido grandes cambios (es más: cabe recordar las exorbitantes penas de prisión para los piquetes prevista en el apartado tercero del art. 215 CP introducidas en la LO 1/2015, felizmente derogado por la LO 5/2021).

A ello cabe añadir un nuevo fenómeno: el uso de las nuevas tecnologías y el trabajo a

domicilio comportan una notoria desvirtuación de la práctica histórica de la huelga, como la experiencia en alguna empresa tecnológica ha puesto de manifiesto.

Es cierto que la doctrina constitucional y la jurisprudencia han dotado a nuestro modelo de un sistema que puede ser calificado como estable. Más, pese a ello, siguen concurriendo problemas aplicativos; así, por ejemplo, en ocasiones se han dictado reglamentos fijando servicios mínimos claramente abusivos que, aunque en muchos casos han sido anulados por los órganos judiciales contencioso-administrativos, acaban a la postre desvirtuando la eficacia de la huelga y su incidencia; o también cabe hacer mención a las situaciones derivadas de la estructura como grupo de las empresas y los efectos de la descentralización que han tenido en general una respuesta desde mi punto de vista inadecuada por parte de la doctrina constitucional y judicial.

¿Por qué no poner al día el fallido proyecto de ley de 1993, pactado entre sindicatos y el Gobierno de Felipe González -aunque en el último momento éste se echó atrás- basado en la autorregulación sindical? En mi opinión -y en la variados analistas jurídicos- se trataba de una regulación plenamente adecuada al marco constitucional, en la que únicamente cabría incluir los efectos de las nuevas formas de trabajo y de estructuras empresariales.

b) La necesaria regulación del conflicto colectivo

Algo similar acaece con la figura del conflicto colectivo, en relación al art. 37.2 CE. Pero ocurre aquí que el concepto de conflicto colectivo es notoriamente difuso (a lo que induce el propio texto constitucional, observando reiterando una serie de presupuestos conformadores similares a los del derecho de huelga).

Debe precisarse que los conflictos colectivos están contemplados también en el DL 17/1977, en términos genéricos e indeterminados (en buena medida siguiendo la estela de la legislación franquista de 1962 y 1975, inspirada en el sistema francés). Pero básicamente en el mismo se dilucidan dos tipologías de conflictos: de un lado, los de intereses, que se derivan a los sistemas autocompositivos (en su momento, de tipo administrativo); de otro, los jurídicos, que se derivaban a la jurisdicción social, previo intento de conciliación (también entonces de tipo administrativo).

Por otra parte, como es notorio, los agentes sociales a nivel de comunidades autónomas y estatal (el SIMA) han ido creando sistemas autocompositivos por la vía del art. 83.2 ET, basados esencialmente en la mediación y sometimiento voluntario, en su caso, al arbitraje. Junto a ello cabe tener presente la atribución a las comisiones paritarias en diversos

convenios de funciones autocompositivas.

Pero cabe preguntarse si nuestro modelo es el adecuado, especialmente cuando se trata de interpretar o aplicar una norma o acuerdo colectivo. Así, al margen de la compleja frontera sobre la propia noción de conflicto colectivo prevista en la LJRS: ¿Tiene sentido que hagamos esas funciones los órganos judiciales? ¿Hemos de explicar a las empresas y organizaciones sindicales qué querían decir con una determinada cláusula que ellos mismos elaboraron y suscribieron? La judicialización de los conflictos colectivos hunde, como se ha indicado, sus raíces en el franquismo, comportando que el juez laboral se encuentre “entre las manos con el legado de una competencia extraña, que le es transferida desde un ámbito en el que esa competencia se detentaba anómalamente, y que se aviene mal con la función que constitucionalmente viene atribuida a los órganos del poder judicial” como apuntó hace ya muchos años Manuel Ramón Alarcón.

Esa realidad conlleva que en la práctica rijan en muchas ocasiones la ajenidad compositiva, en forma tal que, a fin de alcanzar finalmente un acuerdo, se pactan contenidos convencionales oscuros, con plena consciencia de dicha condición, lo que en definitiva refuerza la pobreza de contenidos de la negociación colectiva a la que ya se ha hecho referencia.

En mi personal opinión, la intervención judicial en esas materias debería ser derogada y sustituida por el obligado sometimiento a arbitraje, previa conciliación, de los organismos autónomos de solución de conflictos y/o de las comisiones paritarias (como acaeció en el período republicano).

Ello sería posible si también el art. 37.2 CE tuviera un nuevo desarrollo legal en que, además, se fijaran los límites amplios del propio concepto de “conflicto colectivo”, incluyendo posibles prácticas reivindicativas que no comportaran la suspensión del trabajo y, por tanto, el acceso a la huelga (por ejemplo: la oposición del colectivo de personas trabajadoras a cambios de organización avalados por la empresa).

c) ¿Es posible desjudicializar los conflictos individuales o plurales?

Como ya antes he indicado con anterioridad al franquismo (y en la actualidad en muchos países europeos) la composición de los conflictos laborales estaba encomendada a organismos -generalmente, aunque no siempre, de tipo administrativo- conformados por representantes sindicales y patronales y, en algún período, con participación de jueces. En la medida en que dicho sistema constituía un reconocimiento de la autonomía de las

partes, fue abolido por el régimen surgido tras la Guerra Civil, imponiendo mecanismos de solución judiciales, aunque integrados dentro del Ministerio de Trabajo (las Magistraturas de Trabajo y el TCT). Y, como también se ha señalado, el legislador constitucional no optó en su momento por rehabilitar el modelo anterior.

Pero cabe preguntarse si dicho modelo es el más adecuado. Si partimos de la constatación de que la divergencia entre las partes es connatural a las relaciones laborales por concurrir intereses contrapuestos y que, además, esa conflictividad es de tracto continuado (salvo, obviamente, las extinciones del contrato), la judicialización no deja de tener consecuencias adversas para nuestro mercado laboral, en tanto que supone, de un lado costes en honorarios profesionales -salvo asistencia jurídica gratuita por falta de ingresos- y dilaciones conocidas -por la sobrecarga de asuntos en los juzgados y tribunales-.

Sin embargo, en las actuales circunstancias parece difícil revertir dicha judicialización, en tanto que supondría romper una consciencia social plenamente implementada.

Más, pese a ello, creo que pueden concurrir opciones intermedias que, por una parte, descarguen de asuntos a los órganos judiciales y, por otra, aceleren la solución del conflicto. Y ello pasa, en mi opinión, por reforzar la conciliación antes del juicio. De hecho, en el último período el legislador parecía ser consciente en parte de ello. Así podría diferirse (en plasmación de algunas prácticas imperantes en determinados juzgados) de la modificación del art. 82.2 del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal -decaído por la más reciente convocatoria electoral-, sin que -por motivos ignotos- dicho cambio se recogiera en el posterior RDL 6/2023. Más pese a ello, el refuerzo de la conciliación ante el letrado y la letrada de la Administración de Justicia allá previsto, no dejaba de integrarse en el marco del propio proceso.

Creo sinceramente que es preciso -y con carácter urgente- modificar en profundidad nuestro modelo de conciliación prejudicial. Se trata de que dicha medida sea percibida por las personas asalariadas y por las empresas como el mecanismo natural de composición de los conflictos y no, como ocurre actualmente, como un trámite -a veces molesto- para acceder al ámbito jurisdiccional.

Ello debería ir acompañado por una “desadministración” de las reclamaciones, en forma tal que los organismos solutorios pasaran a ser mixtos y representativos de los agentes sociales (lo que, en su caso, no excluiría la existencia de personas que ejercieran la conciliación o mediación con carácter profesional, consensuadas por aquéllos). De hecho, así ocurre -aunque no es la regla general- en alguno de los denominados “tribunales

laborales” autocompositivos en determinadas comunidades autónomas’. Pese a que no parece que dichas prácticas puntuales hayan alcanzado un éxito suficiente, creo sinceramente en la necesidad de desjudicializar la conflictividad laboral, en forma tal que las personas que ejercemos la jurisdicción social nos constituyamos como la última ratio en la composición de los conflictos laborales y no, como el mecanismo “ordinario” de solución de los mismos.

Personas trabajadoras, algoritmos extractivos y neurotecnologías: la amenaza de los neurodatos y de otros datos mentales

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Sumario: 1. Punto de partida; 2. Algoritmos extractivos, neurotecnologías, neurodatos y datos mentales; 3. Acceso a datos mentales: la intromisión «definitiva» (y necesidad de proteger al «yo inconsciente»); 4. Datos mentales y relación de trabajo; 5. Datos neuronales y relación de trabajo; 6. Una valoración final: la «esencia de la esencia» comprometida y el «definitivo» poder instrumental empresarial; 7. Bibliografía citada.

1. Punto de partida: relaciones laborales y estados mentales visibles^{163, 164}

La implantación de algoritmos extractivos en objetos y espacios públicos y privados es un fenómeno creciente. Esta interacción constante ha dado pie a una pegajosa monitorización. El objetivo es rebañar los datos de nuestras exteriorizaciones (el excedente conductual), posibilitando una antropometría implacable y, con ella, un perfilado a la carta de la personalidad. Estos excedentes del comportamiento son utilizados para fabricar productos predictivos que son vendidos en mercados de futuros conductuales a los clientes interesados¹⁶⁵.

A medida que el mundo se ha convertido en una enorme granja de datos, esta granularidad se ha ido afinando, alcanzando una «invasividad» inaudita. La introspección es un modo

¹⁶³ Investigación que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado «Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo», ref. PID2022-139967NB-I00.

¹⁶⁴ El contenido de esta ponencia está parcialmente basado y es continuidad de lo expuesto en el ensayo publicado en el monográfico núm. 19 (2024) de la *Revista de Trabajo y Derecho*, con el título «Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora».

¹⁶⁵ Este es el punto de partida del concepto «capitalismo de la vigilancia» propuesto por Shoshana Zuboff (*La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, 2020).

especial y único para acceder epistémicamente y de forma privada a los estados mentales: es decir, nadie excepto uno mismo tiene este modo introspectivo de conocer sus propios estados mentales; del mismo modo que uno mismo no tiene acceso introspectivo a los estados mentales de los demás¹⁶⁶.

La cuestión es que este coto vedado, de algún modo, se está resquebrajando¹⁶⁷. El efecto combinado de *big data* y la expansión sin precedentes de la estadística computacional ya permite que intenciones, emociones y estados de ánimo, como si estuvieran tras una pared de cristal, puedan ser leídos¹⁶⁸. Por ejemplo, pueden hallar una correlación fuerte (que no una relación de causalidad) entre determinados atributos personales y preferencias de consumo (o de cualquier otro comportamiento y/o pensamiento y/o estado de ánimo)¹⁶⁹.

Esta succión extractiva de la psique humana y, en particular, la regularidad en el flujo también está posibilitando la decodificación de estados mentales todavía más profundos. Asumiendo que determinados estados mentales pueden inferirse a partir de la conducta¹⁷⁰, a través de la ley estadística de los grandes números y de correlaciones, es posible acceder a estratos que, trascendiendo la percepción consciente, se encuentran a diversas brazadas de profundidad.

En la medida que una parte preeminente de la infoesfera aspira a ser propositiva (y trata de anticiparse a nuestros deseos y/o necesidades), es claro que también tiene capacidad de formatear nuestra psique (persuadiéndola o, incluso, precipitando cursos de acción y/o estados emocionales) sin que seamos conscientes (o, siéndolo, con severas dificultades para evitarlos)¹⁷¹. Sin duda, se han especializado en la fabricación de impulsos irresistibles.

La proliferación de las denominadas neurotecnologías de consumo y el procesamiento de datos mentales que las mismas habilitarán, ahondarán en la cartografía de los estados mentales, sofisticarán el disparo de los potenciales de acción y exacerbarán este riesgo.

166 David Pineda, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, Cátedra, 2012, p. 115.

167 Aunque el acceso epistémico a otras mentes, por definición, no es posible, es posible inferir estados mentales a partir de la exploración de estados corpóreos. Aunque singularmente esto puede no ser muy preciso (pues, es claro que los mismos efectos pueden no corresponder a las mismas causas), la ley de los grandes números estadística puede contribuir a neutralizar este abismo epistemológico.

168 De hecho, los perfiles llevados a cabo con modelos informáticos pueden ser más ajustados que los realizados por humanos. Ver al respecto, Wu Youyou, Michal Kosinski, and David Stillwell, «Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans», *PNAS*, vol. 112, núm. 4, 2015.

169 Ver al respecto, Ahmed SHAHEED, *Libertad de religión o de creencias*, Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/76/380, octubre 2021, apartados 68 y ss.

170 Este es el fundamento del conductismo analítico o lógico (que, pese a que es una corriente de la filosofía de la psicología – predominante durante décadas del siglo XX - ha sido superada, ha permanecido).

171 José María Lassalle, *Civilización artificial*, Arpa, 2024, p. 72.

Las particularidades intrínsecas de la relación de trabajo sugieren que, en este ámbito de las relaciones humanas, esta amenaza puede acabar materializándose antes que en otros. Identificar los factores que pueden precipitarla se erige, por consiguiente, en una cuestión determinante. De modo que, describiendo la secuencia expositiva que se va a seguir a continuación, delimitar qué se entiende por datos mentales (neuronales o no), cómo pueden ser extraídos y qué potencial de acción sobre el pensamiento y el comportamiento humano atesora su procesamiento (en general y, en las relaciones laborales, en particular) es el propósito principal de este trabajo.

2. Algoritmos extractivos, neurotecnologías, neurodatos y datos mentales

El cerebro (a diferencia de otros órganos cuyo movimiento o ruidos percibimos) no emite señal alguna y tampoco tiene sensores. Tras una pared ósea, está totalmente aislado del exterior. En el cerebro, por ejemplo, no entra ni luz ni sonido. Las neuronas, que están inmersas en la oscuridad, son las que interpretan el mundo exterior. Lo hacen a través de pulsos eléctricos que reciben de las fibras nerviosas sensoriales (de los ojos, piel, nariz, etc.) y que ingresan en el cráneo. Es el único medio que tenemos para saber algo de la realidad (en el fondo, una simulación del mundo real)¹⁷². Otra característica de este órgano tan esquivo es que, de acuerdo con diversos estudios neurocientíficos, al menos, el 95% de nuestra actividad cerebral discurre a nivel inconsciente¹⁷³. Por lo tanto, el yo consciente «es el fragmento más pequeño de lo que ocurre en el cerebro»¹⁷⁴. No se halla en el centro de la acción, «sino más bien en un borde lejano, y no oye más que susurros de la actividad»¹⁷⁵. Esto tiene una implicación de enorme trascendencia porque el cerebro actúa (literalmente) por su cuenta. Es su estado ordinario o natural.

El procesamiento automático e inconsciente es tan importante que, para que se hagan una idea, «casi todas sus operaciones quedan fuera de la acreditación de seguridad de la mente consciente. El yo simplemente no tiene derecho de entrada». Nuestra experiencia de estar al mando es simplemente esto: una experiencia; y, esta reacción (que suele ser una función

172 Jeff Hawkins, *Mil cerebros*, Tusquets, 2023, p. 213.

173 Leonard Mlodinow, *Subliminal: Cómo tu inconsciente gobierna tu comportamiento*, Drakontos, Edición Kindle, 2013, p. 46. No obstante, hay autores que reducen todavía más el % de la mente consciente (Joaquín M. Fuster, *Cerebro y libertad*, Ariel, 2014, pp. 46 y 47): «El noventa y nueve por ciento – por decir un número – de lo que percibimos en nuestra vida cotidiana es inconsciente. De hecho, si no fuera así, tendríamos la corteza y la conciencia abarrotadas. Transitamos por el mundo inconscientemente ‘evaluando hipótesis’ – esto es, expectativas – sobre el mismo. Sólo si estas hipótesis son refutadas, llegamos a ser conscientes de ellas y de su falsedad».

174 David Eagleman, *Incógnito*, Anagrama, 3ª Ed., 2022, p. 2 y 13.

175 Eagleman, *Incógnito*, op. cit., p. 18.

del afecto y de la creencia), en general, no guarda relación con el verdadero nivel de control que tenemos¹⁷⁶. La conducta se rige, principalmente, por una programación impresa en lo más recóndito de nuestro cableado mental y a la que no tenemos ningún tipo de acceso. Hacemos muchas cosas de forma inconsciente, y solo una porción de ellas (ciertamente minúscula), llegan luego a los dominios del intérprete y nos percatamos de que las hemos hecho¹⁷⁷. En definitiva, «la mente inconsciente posee un conocimiento que la mente consciente ignora»¹⁷⁸.

La mera posibilidad de que terceros puedan acceder a estos «entresijos» neuronales subterráneos es inaudito, porque habilita la perforación de túneles paralelos a la introspección. El procesamiento de estos datos aspira a inferir patrones, incrementando la capacidad de predecir el comportamiento y/o el pensamiento y/o las emociones y abre la puerta al condicionamiento por debajo del nivel consciente. Es fácil advertir que las implicaciones que el acceso al patio trasero neuronal conlleva son abisales (probablemente, hoy, todavía difíciles de medir en toda su magnitud y trascendencia¹⁷⁹).

El futuro tampoco ofrece una perspectiva alentadora. Al albur del impulso del (mal entendido) solucionismo tecnológico y del debilitamiento creciente que la sociedad atribuye a la intimidad y de la privacidad (basta ver cómo se aceptan los famosos “términos y condiciones” y/o *cookies*), se espera que este nivel de intromisión y perfilado alcance cotas muy superiores: bien porque estas intromisiones se agudizarán en intensidad y profundidad; y/o bien, porque se conquistarán nuevos (y hoy insospechados) ámbitos de la vida personal y familiar.

Amenazas que, ciertamente, quedarían en un plano marginal si, como todo apunta, proliferan interfaces cerebro-ordenador, conocidas como «neurotecnologías», más o menos invasivas¹⁸⁰. Este término abarca una «variedad de dispositivos y sistemas que interactúan

176 Lisa Feldman Barrett, *La vida secreta del cerebro*, Paidós, 2018, p. 283 y nota 2, 425. Su predominancia es tan destacada que, incluso, Marcus du Sautoy (*Lo que no podemos saber*, Acantilado, 2018, pp. 423 y 424) sugiere que, quizás, «nuestra conciencia puede ser una función muy secundaria del cerebro»; es decir, quedaría reducida a «una reflexión química tardía sin influencia alguna en nuestros actos».

177 Juan Antonio Rivera, *Moral y civilización. Una historia*, Arpa, 2024, p. 135.

178 MLODINOW, *Subliminal, op. cit.*, p. 14, 43, 45 y 46. Por otra parte, es claro que la predominancia tan abrumadora de esta automaticidad pone en jaque la idea de libre albedrío (aspecto que no puede abordarse en este momento porque excede del objeto de estudio).

179 En términos similares, Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CACDH), *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología en relación con la promoción y la protección de todos los derechos humanos*, Informe A/HRC/57/61, Agosto 2024, p. 2.

180 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, *op. cit.*, p. 3: «Las aplicaciones y procedimientos invasivos son más precisos y potentes, pero entrañan más riesgos porque requieren la implantación quirúrgica de electrodos o implantes. Las neurotecnologías no invasivas no penetran en la piel, el cráneo o el tejido cerebral y se utilizan externamente mediante diversos soportes, como cascos, gafas, brazaletes, parches de electrodos, tatuajes y auriculares». Una somera exposición sobre la distinción entre

con el sistema nervioso central por medios eléctricos, magnéticos, optogenéticos y otros»¹⁸¹; y son empleados, no sólo con fines terapéuticos, pues, la expectativa es que se extiendan, entre otros, al ámbito del consumo, el entretenimiento, la educación, la seguridad, la defensa o el trabajo¹⁸².

Las intervenciones y manipulaciones sobre el cerebro que las neurotecnologías facilitan albergan un inmenso potencial disruptivo, en la medida en que pueden influir en las acciones autónomas y en la autopercepción del individuo¹⁸³. Los conocidos como neurodatos (relativos a la información sobre la actividad cerebral captada con neurotecnologías¹⁸⁴), aunque todavía no permiten decodificar los pensamientos o el

dispositivos invasivos y no invasivos, sus propiedades y capacidades (que difieren considerablemente), así como de sus ventajas e inconvenientes en, European Parliamentary Research Service (EPRS), *The protection of mental privacy in the area of neuroscience* (julio 2024), p. 5 a 8.

181 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 2.

182 Como se expone en el Informe de la Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, titulado *Avances en neurociencia: aplicaciones e implicaciones éticas* (2023, pp. 1 y 2) – en adelante, *Informe C* –, «la aparición de nuevos métodos, tecnologías y dispositivos diseñados para estudiar, interactuar o modificar el cerebro y el sistema nervioso han sido señalados por la comunidad experta por su potencial para generar grandes avances de conocimiento y afrontar las patologías del sistema nervioso. Conocidas como neurotecnologías, estas permiten una conexión directa entre un dispositivo y el sistema nervioso (central y periférico) para registrar o modificar la actividad nerviosa». Por ejemplo, recientemente, la compañía Neuralink anunció la implantación de un chip cerebral inalámbrico a una persona (*El País*, «[Elon Musk asegura que su empresa Neuralink ya ha implantado un chip cerebral a un humano](#)», 30 de enero 2024). El propósito de este dispositivo (cuyo tamaño es menor que el de una moneda) es, según la compañía, que los usuarios puedan controlar dispositivos como teléfonos y ordenadores totalmente con sus propios pensamientos, así como a ayudar a pacientes con problemas de movilidad, visión, audición y memoria (*Business Insider*, «[Chip cerebral Neuralink: ¿qué es, cómo funciona esta tecnología y qué esperar en el futuro?](#)», 30 de enero 2024). Y también es posible implantar un «puente digital» entre el cerebro y la médula espinal para permitir a un tetrapléjico caminar (*El País*, «[Un hombre tetrapléjico vuelve a caminar gracias a un puente digital entre el cerebro y la médula espinal](#)», 24 de mayo 2023). Y el dispositivo Stentrode de la empresa Synchron registra señales eléctricas del cerebro a través de los vasos sanguíneos. Es una interfaz cerebro-ordenador (ya implantada en 10 pacientes) que puede permitir a personas gravemente paralizadas controlar software de comunicación y otros programas informáticos simplemente con sus pensamientos Eliza Strickland, «[The Brain Implant That Sidesteps The Competition](#)», *IEEE Spectrum*). O, finalmente, como se expone en citado *Informe C* (3), «En el año 2022 se consiguió que cultivos de neuronas conectadas a una interfaz neural en un laboratorio ‘aprendieran’ a utilizar el videojuego ‘pong’. Más allá del ejemplo, un consorcio científico ha publicado que combinar organoides cerebrales (cultivos celulares 3D de neuronas) con interfaces cerebro-ordenador podría permitir enormes avances en el estudio de enfermedades del desarrollo o neurodegenerativas, pero también en la biocomputación. A este campo de investigación, que se encuentra en una fase muy inicial, se le ha llamado ‘inteligencia organoide’». Finalmente, un análisis de la tecnología de consumo disponible en el mercado (indicando la empresa que lo suministra, el dispositivo y la función que ejecuta), en Jared Genser, Stephen Damianos y Rafael Yuste, «[Safeguarding Brain Data: Assessing the Privacy Practices of Consumer Neurotechnology Companies](#)», abril 2024, pp. 23 a 29.

183 EPRS, *The protection of mental privacy...*, op. cit., p. 1. Más al detalle (siguiendo la exposición de CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 3): «a) permiten la exposición de los procesos cognitivos; b) permiten la alteración directa de los procesos mentales y de los pensamientos de una persona; c) eluden el control voluntario o consciente de la persona; d) permiten un acceso externo no consentido a los pensamientos, las emociones y los estados mentales; e) son alimentadas por ‘neurodatos’, que son necesarios para su propio funcionamiento, calibrado y optimización; y f) reúnen, analizan y procesan grandes conjuntos de datos personales de carácter muy sensible».

184 Como recoge Jesús Mercader Uguina («El ‘big bang’ de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos», *Labos*, Vol. 5, núm. 2, 2024, pp. 22 y 23), son diversas las iniciativas nacionales dirigidas a

inconsciente de una persona, sí son suficientes para inferir algunos detalles personales del individuo, como el estado emocional o salud cognitiva, y también es posible decodificar el pensamiento visual y el lenguaje¹⁸⁵.

Desde el punto de vista del propósito seguido con su procesamiento¹⁸⁶, estos datos neuronales pueden ser utilizados para tener conocimiento directo o predicciones sobre la salud física o la aptitud física de la persona, la resolución de problemas, el razonamiento, la toma de decisiones, la comprensión, la recuperación de la memoria, la percepción, el lenguaje, las emociones, etc. Su tratamiento también puede ser utilizado para el control de una aplicación o dispositivo; o bien, su procesamiento puede ir dirigido para posibilitar la estimulación o modulación del sujeto, logrando un *neurofeedback* que se va retroalimentando (o en circuito cerrado).

Más al detalle, mediante técnicas de neuroimagen pueden hacerse inferencias sobre «una gran variedad de estados mentales, como los recuerdos, el conocimiento semántico, las emociones, los sueños, el discurso interior y las intenciones»¹⁸⁷. Algunas tecnologías ya pueden «producir cambios en la persona a la hora de pensar, sentir y actuar, desdibujando la identidad personal»¹⁸⁸. Por otra parte, el aumento cognitivo y facilitar el aprendizaje ya son posibles: se comercializan dispositivos dirigidos a potenciar la concentración, facilitar la meditación o reducir el déficit de atención o, incluso, estimular la memoria a corto y largo plazo¹⁸⁹.

Otros avances, al devolver la visión a personas ciegas, la audición a sordas¹⁹⁰, el habla a

definir este concepto: el Brasil, el Projeto de Lei 522/2022, que modifica a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (*Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*); y, en Estados Unidos, la enmienda a la California Consumer Privacy Act y una reforma de la Colorado Privacy Act, en Colorado.

185 Informe C, p. 4. La imagen por resonancia magnética funcional (IRMf), siguiendo la descripción de Modinow (*Subliminal, op. cit.*, p. 7), permite mapear «la actividad de las distintas estructuras del cerebro porque permite detectar el flujo sanguíneo, que aumenta y disminuye muy ligeramente cuando esa actividad varía. De este modo, la IRMf ofrece imágenes en tres dimensiones que cartografían por dentro y por fuera, con una resolución de aproximadamente un milímetro, el nivel de actividad del cerebro en funcionamiento». Con esta información y la ayuda de ordenadores, por ejemplo, los científicos «pueden utilizar datos registrados en el cerebro para reconstruir una imagen de lo que se está mirando». También es posible decodificar el habla a partir de la actividad cerebral. Se ha desarrollado una interfaz cerebro-ordenador que convierte grabaciones de la actividad neuronal de una persona, que perdió la capacidad de hablar después de un derrame cerebral, en reconstrucciones de texto y audio de su discurso (Michael Nolan, «[Record Broken: Decoding Words From Brain Signals](#)», *IEEE Spectrum*, 2023).

186 European Data Protection Supervisor (EDPS), «[Neurodata](#)», *TechDispatch*, núm. 1, junio 2024.

187 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, *op. cit.*, p. 3.

188 Informe C, p. 8.

189 Informe C, p. 8. También, como recoge la Salvador Dura-Bernal («State of the art and challenges of neurotechnology», en *The risks and challenges of neurotechnologies for human rights*, UNESCO, 2023, p. 12) se ha podido provocar vívidos flashbacks de memoria en personas con Alzheimer, mediante la estimulación eléctrica de regiones cerebrales.

190 Por ejemplo, el dispositivo BrainPort, mediante de la codificación de imágenes en impulsos eléctricos,

personas con parálisis severa¹⁹¹, el restablecimiento de funciones de la mano¹⁹², el tacto y la sensación con brazos totalmente robóticos¹⁹³, la identificación de formas de consciencia gracias a la activación cerebral en sujetos que se encuentran en un aparente estado vegetativo¹⁹⁴ o el control de robots mediante señales neuronales¹⁹⁵, sólo pueden calificarse como prodigiosos. Los previsibles progresos en ingeniería y neurociencia apuntan a desarrollos futuros muy prometedores (incluyendo, entre otros, la mejora sensorial humana¹⁹⁶).

Desde el punto de vista jurídico, es importante reparar que, a diferencia de otras mediciones corporales, como apunta Eduardo BERTONI, «los riesgos y beneficios relacionados con la recopilación y análisis de datos neuronales son únicos tanto en calidad como en escala». Repárese que los datos neuronales «son los correlatos más directos de los estados mentales, ya que toda la actividad cognitiva y afectiva se procesa principalmente en el sistema nervioso. Por lo tanto, la posibilidad de decodificar o modificar la actividad neuronal implica la posibilidad de decodificar o modificar los procesos cognitivos y afectivos»¹⁹⁷. En definitiva, escarban principalmente en el yo inconsciente y, en particular, en los factores que materializan los llamados «estados mentales». En concreto, este término se refiere a «cualquier conglomerado de representaciones mentales y actitudes proposicionales en la mente humana que corresponden a la experiencia de pensar, recordar, planificar, tener intenciones, percibir y sentir. Estos estados son las experiencias subjetivas que constituyen

permite a las personas ciegas ver a través de un sensor en contacto con la lengua; o bien, a través de la captación del sonido del chaleco Neosensory y su transformación en vibraciones en contacto con la piel, es posible que las personas sordas puedan oír (también se comercializa en forma de pulsera, aunque en una versión más simple). También pueden hacerlo a través de implantes cocleares.

191 Véase los [resultados de los investigadores de la UC San Francisco y de la UC Berkeley](#)

192 Elena Losanno, Matthew Mender, Cynthia Chestek, Solaiman Shokur & Silvestro Micera, «[Neurotechnologies to restore hand functions](#)», *Nature Reviews Bioengineering*, 1, 2023, pp. 390 – 407.

193 EPRS, *The protection of mental privacy...*, *op. cit.*, p. 5.

194 Andrea Lavazza, «[Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis](#)», *Frontiers in Neuroscience*, 2018, Vol. 12, 82, p. 2.

195 En este sentido, pueden consultarse los resultados del [proyecto NOIR \(Neural Signal Operated Intelligent Robots\)](#).

196 En efecto, desafiando la escala temporal evolutiva, la configuración biológica del cerebro abre la puerta a la mejora sensorial. Por ejemplo, es posible extender los límites de un sentido que ya poseemos (permitiendo tener una visión de 360°; oír más allá de la escala del oído normal; o detectar la luz más allá del espectro normal, mediante la codificación de los colores infrarrojos y ultravioletas a sonidos). Pero también es posible la expansión sensorial, percibiendo, por ejemplo, campos electromagnéticos (a través del conocido como cinturón feelSpace). De hecho, la flexibilidad del cerebro y su capacidad para obtener patrones a partir del procesamiento de datos que se le suministren invita a los neurólogos a pensar que en un futuro será posible acumular nuevos sentidos y/o mejorar sustancialmente los existentes (al respecto, véase la deslumbrante exposición llevada a cabo por David Eagleman, *Una red viva: La historia interna de nuestro cerebro*, Anagrama, 2024, pp. 68 – 138). Por otra parte, como se recoge en el informe del Conejo de Europa (junio 2024), elaborado por Eduardo Bertoni, [The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology and neural data from the perspective of Convention 108](#) (pp. 4 y 5), también se esperan avances en herramientas neurodiagnósticas impulsadas por IA; en la denominada «memoria sintética»; en prótesis integradas neuronalmente; o bien, en el aumento de la inteligencia y la cognición.

197 *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 5.

la vida mental interna de un individuo y pueden influir en el comportamiento y la toma de decisiones». Por lo tanto, se incluyen los estados cognitivos, afectivos y los denominados conativos (esto es, los referidos a «los que involucran deseos, intenciones y voluntades, relacionados con la motivación para actuar»).

En cualquier caso, (siguiendo con el citado autor¹⁹⁸) es clave advertir de lo siguiente: los estados mentales no sólo pueden inferirse de datos neuronales (obtenidos de fuentes de esta naturaleza)¹⁹⁹, sino también de mediciones no neuronales (antropométricas y fenotípicas). Partiendo de la base que la neurotecnología se sitúa en el punto de convergencia de la neurociencia, la ingeniería, la ciencia de datos, las tecnologías de la información y la comunicación y la inteligencia artificial, estas mediciones neuronales pueden combinarse con otra información disponible digitalmente (como las búsquedas en línea, las redes sociales, los datos de autoseguimiento y la geolocalización). Esto significa que los avances en el análisis de big data y el aprendizaje automático podrían permitir una mayor capacidad inferencial para identificar patrones y predecir resultados basados en la combinación de diferentes fuentes de datos²⁰⁰. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se ha propuesto el término «datos mentales» o «datos biométricos cognitivos», para referirse a la generación de datos que emerge de la combinación de ambos²⁰¹.

Volviendo a las neurotecnologías, su desarrollo ha despertado el interés de diversos actores (no solo de las empresas), mostrando un apetito voraz por los datos mentales y el pistoletazo de salida de una carrera desenfrenada para *cazarlos* y descifrar los patrones de la mente inconsciente²⁰². Uno de los propósitos perseguidos es tan simple como inquietante: mediante el envío de susurros imperceptibles para la consciencia, se aspira al condicionamiento efectivo y fluido de la conducta (de ahí el creciente interés, por ejemplo, de las empresas de neuromarketing por el uso de estos dispositivos). A partir de la fisiología del cerebro, un ejemplo (simple) puede ayudar a ilustrar este riesgo: como apunta el

198 *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 6.

199 En concreto, como apunta Bertoni (*The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 6), «Inferir datos mentales a partir de datos neuronales implica un proceso de decodificación neural, que generalmente ocurre a través de inferencia inversa. Este proceso, a menudo popularizado bajo la etiqueta engañosa de 'lectura de la mente', consiste en establecer correlaciones estadísticas fiables entre patrones de actividad cerebral, función y estructura, por un lado, y la información mental, por el otro».

200 UNESCO, *Report of the international bioethics committee of unesco (ibc) on the ethical issues of neurotechnology*, diciembre 2021, p. 8.

201 Pese a su este posible uso indistinto, este último concepto «enfatisa específicamente los orígenes biométricos y biosensoriales de los datos». Al respecto ver, UNESCO, «*First draft of a recommendation on the ethics of neurotechnology (revised version)*», Agosto 2024, p. 7.

202 Según el World Economic Forum («*The brain computer interface market is growing – but what are the risks?*»), «el mercado mundial de interfaces cerebro-computadora (BCI, en sus siglas en inglés) tuvo un valor de \$ 1.74 mil millones en 2022, se espera que aumente a \$ 6.2 mil millones para 2030, creciendo a una tasa de crecimiento anual compuesta del 17.5%».

neurocientífico Francisco Mora²⁰³, la focalización de la atención en algo que nos interesa durante menos de 60 milésimas es suficiente para que el cerebro detecte algo e, incluso, guarde memoria de ello, pero sin alcanzar a nuestra consciencia. De modo que, «un suceso que nos ocurra y del que hagamos memoria no consciente se registra en áreas del cerebro que posteriormente pueden modificar nuestra conducta, y es de este modo como sin saber por qué hay personas, lugares, cosas, animales que nos pueden resultar desagradables». Porque, como expone Eduardo Bertoni, la actividad neuronal puede variar en respuesta a estímulos internos y externos, experiencias de aprendizaje y procesos de desarrollo. Es decir (en una extensa cita, pero particularmente ilustrativa):

«Es importante destacar que los datos neuronales no son entidades estáticas confinadas a un formato de solo lectura; en cambio, poseen una cualidad inherentemente dinámica caracterizada por una naturaleza de lectura y escritura. A diferencia de los datos tradicionales almacenados en la memoria o en un disco duro, los datos neuronales dentro de las intrincadas redes cerebrales están sujetos a un constante flujo y modificación. Esta dinámica surge de la extraordinaria capacidad del cerebro para la neuroplasticidad, donde las conexiones sinápticas se fortalecen, debilitan o forman de nuevo en respuesta a experiencias, aprendizajes y estímulos ambientales. Además, los avances en neurotecnología han desbloqueado el potencial para intervenir directamente en los procesos neuronales mediante técnicas como la neuroestimulación o neuromodulación. Al aplicar impulsos eléctricos o magnéticos dirigidos a regiones específicas del cerebro, los investigadores pueden modular activamente la actividad neuronal, ‘escribiendo’ efectivamente nuevos patrones de actividad o alterando los existentes. Este flujo bidireccional de información entre el cerebro y los estímulos externos subraya la naturaleza dinámica de los datos neuronales, destacando la necesidad de enfoques matizados para comprender e interpretar la función cerebral»²⁰⁴.

Además, los datos neuronales atesoran atributos que los singularizan respecto a otros datos personales (porque ninguno otro los aglutina)²⁰⁵:

– En primer lugar, son inherentemente preconductuales y precognitivos. Es decir, ofrecen información sobre los sustratos neuronales subyacentes de los procesos cognitivos antes de que se manifiesten conductualmente (las observaciones conductuales, en cambio, tienen un alcance más limitado, porque capturan las exteriorizaciones de dichos procesos cognitivos ya concluidos); o bien, antes de que un pensamiento no exteriorizado aflore

203 *Cómo funciona el cerebro*, Alianza, 5ª Edición, 2017, p. 236 y 203.

204 *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, pp. 8 y 5.

205 La exposición que sigue, parte de la exposición de Bertoni (*The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 7), complementándola.

en la mente. Dada su relevancia, conviene ahondar brevemente sobre su significado e implicaciones²⁰⁶:

Respecto de la «preconductualidad», la conocida *ilusión del libre albedrío* es ilustrativa (aunque no exclusiva) de este atributo. El cerebro, de acuerdo con estas evidencias empíricas (que tienen su origen en el famoso experimento del neurocientífico Benjamin Libet), de un modo similar a lo que sucede con las emociones²⁰⁷, hace uso de la predicción para iniciar movimientos corporales (como alargar el brazo para coger una manzana). Lo singular es que, contraviniendo nuestra intuición, estas predicciones se dan antes de que seamos conscientes de la intención de mover el cuerpo²⁰⁸: antes de que nuestra consciencia asuma una decisión que creemos que estamos tomando por libre elección, la actividad cerebral preconsciente ya ha decidido; va rezagada (¡hasta 10 segundos!) con respecto a los procesos cerebrales que realmente controlan el cuerpo²⁰⁹.

206 Extensamente al respecto, Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, 2023, pp. 39 y ss.

207 Según la «teoría de la emoción construida» propuesta por Lisa Feldman Barrett (en *La vida secreta del cerebro*, op. cit.). Una síntesis en Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, *Inteligencia artificial y neuroderechos*, op. cit., pp. 131 y ss.

208 En concreto, a resultas de estas pruebas, se ha observado que «el cerebro emite predicciones motrices para mover el cuerpo mucho antes de que seamos conscientes de la intención de moverlo». Esta forma de comportamiento podría tener una explicación evolutiva, dado que (Feldman Barrett, *La vida secreta del cerebro*, op. cit., p. 88) «si el cerebro fuera sólo reactivo sería demasiado ineficiente». El factor temporal juega un papel determinante. A través de un escáner IRMf (Du Sautoy, *Lo que no podemos saber*, op. cit., pp. 422 a 424), estos estudios apuntan a que la decisión cerebral de llevar a cabo una acción (por ejemplo, apretar un botón) se produce hasta 10 segundos antes de que esa orden se envíe al cuerpo para que actúe (en operaciones que requieren más atención, el lapso es de 4 segundos). Robert Trivers (*La insensatez de los necios*, Katz, 2013, p. 71), refiriéndose a la actividad neuronal preconsciente (en una investigación concerniente a la conocida como *área motriz suplementaria*, que está involucrada en la programación motriz) afirma que «se estima que unos diez segundos antes de que exista conciencia de la intención, se disparan señales neuronales que luego darán origen a la conciencia y más tarde al comportamiento mismo. Estos experimentos [que data de 2008] también contribuyen a explicar resultados anteriores, como el hecho de que, ante decisiones riesgosas, se altera la conductancia de la piel mucho antes de que los sujetos se den cuenta conscientemente de que esas decisiones extrañan algún riesgo». Ver al respecto, extensamente (y de forma magistral), sobre toda esta problemática Sapolsky (*Compórtate*, Capitán Swing, 2018, pp. 811 a 850; y más recientemente, *Decidido*, Capitán Swing, 2024, pp. 30 y ss.).

209 Daniel C. Dennett, *La conciencia explicada*, Paidós, 1995, p. 177. Este autor también recoge (181) el experimento de W. Grey Walter (1963) que presenta algunas similitudes interesantes al de Libet descrito. Este neurocirujano «realizó su experimento con pacientes a los que implantó unos electrodos en el córtex motor. Su objetivo era el de verificar la hipótesis de que ciertas explosiones de actividad registradas son las iniciadoras de acciones intencionales. Lo organizó todo de manera que cada paciente mirara unas diapositivas proyectadas desde un proyector de carrusel. El paciente podía hacer avanzar el carrusel cuando quería presionando un botón en el mando de control. (...) Sin que lo supiera el paciente, sin embargo, el botón del mando no funcionaba, pues no estaba conectado al proyector. Lo que hacía avanzar las diapositivas era la señal amplificada proveniente del electrodo implantado en el cerebro del paciente. Podría suponerse que los pacientes no notaban nada raro, pero el hecho es que se veían sorprendidos por el efecto, ya que les parecía que el proyector de diapositivas se anticipaba a sus decisiones. Relataban que justo en el momento en que estaban «a punto» de presionar el botón, pero antes de que realmente lo hubieran decidido, el proyector avanzaba la diapositiva, ¡y se encontraban presionando el botón con la preocupación de que la diapositiva iba a cambiar dos veces! De acuerdo con el testimonio de Grey Walter, el efecto era muy fuerte».

En cuanto a la «precognitividad», debe advertirse que la capacidad de autorreflexión del ser humano no puede penetrar en los estratos más inaccesibles de la mente. Las fuerzas que guían nuestras vidas están muy lejos del alcance de nuestra consciencia o de nuestro control. Por este motivo, somos «ignorantes de las raíces de muchas de nuestras decisiones»²¹⁰. Como anticipadamente describió Baruch Spinoza, «los hombres suelen ignorar las causas de sus deseos; somos conscientes de nuestros actos y deseos, pero ignoramos las causas por las cuales estamos determinados a desear cualquier cosa»²¹¹. No podemos observar cómo decidimos algo y, cuando lo hacemos, «nuestra decisión ya ha aflorado a nuestra consciencia, venida no sabemos de dónde. No hemos presenciado su formación; hemos presenciado su llegada». Apenas podemos captar una ínfima fracción del bullicio de los procesos mentales que dictan nuestras decisiones. De ahí que, tengamos la extraña sensación de que el cuartel de operaciones no está donde nosotros estamos, sino en alguna parte más profunda e inaccesible²¹². En cambio, «nada supera a la mente consciente a la hora de convencerse de que está al mando de la situación»²¹³.

Así pues, es obvio que acceder al yo inconsciente, de algún modo, tendría un efecto presciente. Lo que significa que estos atributos («preconductualidad» y «precognitividad») proporcionan «una ventana a la dinámica interna del cerebro, ofreciendo una visión más directa de los mecanismos de la cognición y la percepción y la forma en que impulsan el comportamiento»²¹⁴.

– En segundo lugar (y derivado de lo anterior), los datos neuronales también poseen valor proposicional y semántico. Esta «proposicionalidad» significa que contienen información que «trasciende las meras entradas sensoriales o salidas motoras, abarcando conceptos, pensamientos e intenciones abstractas. Al decodificar la actividad neuronal, los investigadores pueden acceder al contenido proposicional de los estados mentales, desentrañando las representaciones simbólicas codificadas dentro de las redes neuronales del cerebro»²¹⁵.

– En tercer lugar, los datos neuronales también desvelan capas metacognitivas. Esta «metacognitividad» refleja la capacidad del cerebro para la autoconsciencia, la autorreflexión, la introspección, el seguimiento y la toma de decisiones estratégicas. En

210 Philip N. Johnson-Laird, *El ordenador y la mente*, Paidós, 1990, p. 343.

211 *Cit.* en John Bargh, *Sin darse cuenta*, B de Bolsillo, 2023, p. 287.

212 Daniel C. Dennett, *La libertad de acción*, Gedisa, 2018, pp. 95 y 96.

213 Eagleman, *Incógnito*, *op. cit.*, p. 92.

214 Bertoni, *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 7.

215 Bertoni, *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 7.

definitiva, dan acceso a funciones cognitivas de orden superior²¹⁶.

Así pues, la preconductualidad, la precognitividad, la proposicionalidad y la metacognitividad son atributos de los datos neuronales que codifican inextricablemente al *yo inconsciente*. Y, obviamente, con un nivel de precisión menor, algunos de ellos también pueden inferirse a partir de fuentes de medición no neuronales. Por otra parte, los datos neuronales también atesoran una alta resolución temporal, pues, proporcionan información sobre la «dinámica temporal de la actividad cerebral, capturando los cambios a escala de milisegundos en los patrones de activación neuronal que subyacen a los procesos cognitivos, la percepción y el comportamiento». Y esta granularidad tan fina permite determinar el momento preciso de los eventos neuronales y su relación con estímulos externos o estados internos²¹⁷.

En definitiva, ante un posible escenario de decodificación de todos estos atributos (como se expondrá en el epígrafe que sigue), la hipótesis de que el yo inconsciente pueda ser desbloqueado para terceros, (inquietantemente) estaría más cerca de ser confirmada.

3. Acceso a datos mentales: la intromisión «definitiva» (y necesidad de proteger al «yo inconsciente»)

El acceso a los datos mentales (y no sólo a los neuronales) puede someter a las personas a una situación de severa vulnerabilidad. Se trata de una intromisión sin precedentes. Probablemente, la definitiva²¹⁸.

La pluriofensibilidad potencial de estos dispositivos es evidente. Repárese que las ondas cerebrales, y tal vez de otras formas de neurodatos, son únicas para cada individuo (de hecho, se han utilizado para construir sistemas de autenticación)²¹⁹; y, por consiguiente, tienen la capacidad de identificarlo²²⁰. A medida que se vayan perfeccionando, podrían revelar con alta granularidad pensamientos y sentimientos personales íntimos, incluidos aquellos que no se traducen en acciones y, en consecuencia, difícilmente se pueden medir e inferir a partir de los datos recopilados a través de otras tecnologías²²¹. Por otra parte, (a través de la neuromodulación), entre otros muchos efectos, puede alterarse el control autónomo de la persona y la mente, así como desestabilizarse el sentido de identidad,

216 Bertoni, *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, op. cit., p. 7.

217 Bertoni, *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, op. cit., p. 7.

218 EDPS, *Neurodata*, op. cit.

219 EDPS, *Neurodata*, op. cit.

220 Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, *Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC) on the ethical issues of neurotechnology*, p. 16.

221 EDPS, *Neurodata*, op. cit.

la personalidad, el equilibrio psicológico y agencia (afectando también la percepción de responsabilidad).

El reconocimiento de mi yo o «sí-mismo», como apunta Mora²²², es «un acto supremo de la conciencia. El yo y su reconocimiento es la construcción funcional que nos diferencia del resto del mundo y crea la individualidad». De modo que, con la existencia de túneles paralelos a la introspección, la autonomía y la libertad, el pensamiento (tanto en el foro interno como externo²²³), como la privacidad²²⁴ pueden verse profundamente perturbados y con efectos corrosivos. En definitiva, al verse afectados los elementos constitutivos de la persona, esta tecnología puede suponer una desestabilización severa de la dignidad humana. Y, para el caso (más que probable, como se ha apuntado) que los datos neuronales se combinen con la información extraída de fuentes no neuronales y se procese con inteligencia artificial, el nivel de «invasividad» alcanzaría una escala sin precedentes²²⁵.

Aunque todavía están en fase embrionaria (se encuentran en una fase de ensayo y no aportan resultados precisos²²⁶), lo cierto es que las neurotecnologías de consumo (de venta directa al consumidor y para finalidades no médicas) están en expansión²²⁷ (y, como se expondrá posteriormente, en el ámbito laboral empiezan a tener un protagonismo creciente). Por este motivo, ya son una amenaza y el debate sobre la necesidad de articular un nuevo haz de derechos humanos (los neuroderechos) y, en caso afirmativo, la forma más eficaz para su implementación, está (al cierre de este trabajo) en plena discusión a nivel internacional²²⁸ (quienes se oponen alegan que su reconocimiento no es necesario porque el

222 Mora, *Cómo funciona el cerebro*, op. cit., p. 242.

223 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 6.

224 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 8: «Puesto que las neurotecnologías ofrecen acceso a la mente de las personas para obtener y registrar información personal, tienen la capacidad de afectar la privacidad física y mental de las personas al abrir su espacio privado y su integridad».

225 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 6: «Con el apoyo de la inteligencia artificial, las neurotecnologías pueden elaborar perfiles psicológicos individualizados muy complejos y utilizarlos para predecir la conducta o las intenciones de las personas o para inferir sus características mentales o sus predisposiciones. Sobre la base de esas inferencias, los dispositivos de neurotecnología también pueden intervenir para modificar los pensamientos».

226 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 3.

227 Genser, Damianos y Yuste, *Safeguarding Brain Data...*, op. cit., p. 68.

228 En apretada síntesis, existen diversas propuestas de neuroderechos, que varían entre 3 y 5 (ver al respecto, EPRS, *The protection of mental privacy...*, op. cit., p. 39 – 43). La más extensa (entre otras muchas, siguiendo la exposición de Margarita Ramos Quintana y Jesús Mercader Uguina, «Los neuroderechos laborales: la neurotecnología llega al lugar de trabajo», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 117, p. 3) se han propuesto los siguientes derechos: «a) derecho a proteger la ‘privacidad humana’ respetando la intimidad personal especialmente en el uso y comercialización de datos, b) a proteger el ‘libre albedrío’ en la toma de decisiones y sin interferencias externas, c) a garantizar la ‘identidad personal’ evitando que la integridad psíquica no reciba injerencias procedentes de neurotecnologías, d) el acceso equitativo a las neurotecnologías de aumentación, orientación sensorial y cognitiva, y e) el derecho a la protección frente a los «sesgos de los algoritmos» que se utilizan en neurotecnología». Una exposición extensa por parte de uno de sus principales promotores (Neurorights Foundation) en Genser, Damianos y

marco existente podría atender suficientemente este desafío y, si se hiciera, se produciría una innecesaria inflación de derechos, entorpeciendo su protección efectiva)²²⁹.

Sin embargo, la aproximación a esta controversia podría tener otro enfoque.

En primer lugar, no es necesario esperar a que se generalice el uso de las neurotecnologías para apreciar la intensidad de la amenaza que la recopilación de datos mentales ya plantea. En efecto, como se ha expuesto, la detección de patrones profundos mediante fuentes no neuronales ya es posible: a través de la psicometría ubicua, ya pueden inferirse ciertos elementos de la salud física, de la aptitud y del estado mental y también pueden decodificarse estratos de la mente inconsciente²³⁰. A resultas del procesamiento de esta información, quedan al descubierto elementos de la personalidad, pautas de comportamiento y/o de pensamiento. Sin necesidad de interactuar con interfaces cerebro-ordenador, la privacidad e integridad mentales ya están expuestas y pueden ser violadas.

El avance tecnológico, a través de complejas bombas de drenaje que engullen el excedente conductual, está contribuyendo a parametrizar, gracias a los grandes números y sin necesidad de saber el porqué desde el punto de vista neuronal, muchos aspectos de la conducta. Con esta acumulación ingente de información se aspira a transformar nuestros actos en meros vehículos de la verdad numérica, impidiéndonos ser autores únicos e irrepetibles en el escenario del mundo. Y son las limitaciones intrínsecas de la consciencia las que lo hacen posible: va tan a la zaga de la realidad que «deja mucho

Yuste, *Safeguarding Brain Data...*, *op. cit.*

229 Una síntesis del estado de la cuestión, con referencias a los diversos posicionamientos (a favor y en contra) en EPRS, *The protection of mental privacy...*, *op. cit.*, p. 27 – 32; Bertoni, *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology...*, *op. cit.*, p. 15 - 20; y Sjors Ligthart, Marcello Ienca, Gerben Meynen el alt, «Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2023, pp. 1-21. Y para una síntesis de las diversas opciones para su materialización en términos de técnica legislativa, Jan Christoph Bublitz, «What an International Declaration on Neurotechnologies and Human Rights Could Look like: Ideas, Suggestions, Desiderata», *AJOB Neuroscience*, Volume 15, 2024 - Issue 2. En relación a este debate, recientemente (agosto 2024), el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (CACDH), ha sugerido (*Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología...*, *op. cit.*, p. 18): «Un posible resultado de este proceso sería la aprobación de un documento de medidas voluntarias para proteger el cerebro y la mente humanos. Ese documento podría contener un conjunto de normas más adaptadas y sería útil para ofrecer orientaciones y claridad en este terreno. Sin embargo, esos criterios deberían fortalecer y no menoscabar ni diluir las protecciones existentes».

230 En efecto, sin necesidad de emplear tecnología sofisticada, pueden establecerse correlaciones fuertes que desvelen aspectos de la mente inaccesibles para nuestra consciencia. Como expone el neurocientífico Eagleman (*Incógnito*, *op. cit.*, p. 13), en un experimento, se pidió a algunos hombres que clasificaran las fotos de diferentes caras de mujer según su atractivo físico. Sin que los hombres lo supieran, en la mitad de las fotos (que tenían medidas similares y las mujeres miraban siempre a la cámara), las fotografiadas tenían los ojos dilatados y en la otra mitad no. Las respuestas de los encuestados revelaron que, de forma sistemática, se sintieron más atraídos por las mujeres con los ojos dilatados. Y ninguno de ellos se dio cuenta que esta circunstancia había influido en su decisión: «simplemente se sintieron más atraídos por unas mujeres que por otras por razones que fueron incapaces de identificar».

tiempo para que los móviles inconscientes afecten lo que ingresa a la conciencia»²³¹. Si las fuerzas que guían nuestras vidas están muy lejos del alcance de nuestra consciencia o de nuestro control²³², la ascendencia del yo inconsciente sobre el elemento volitivo no hace más que ampliar el ámbito (material y temporal – ¡hasta 10 segundos!) para una posible intromisión subliminal en estos estados pre-intencionales. Por consiguiente, las fórmulas, gracias al carácter unívoco del lenguaje lógico-matemático²³³, aspiran a convertirse en una especie de oráculo omnisciente (veraz y bien informado) que, induciendo todos los deseos, creencias y decisiones, manipula subliminalmente la mente de las personas. Para alcanzar este objetivo, se ha propuesto bombardear sutilmente nuestros sentidos con lúcidos, precisos e imperceptibles consejos, que son irresistibles porque se basan en la irrefutable evidencia predictiva computacional, epistémicamente garantizada. La promesa es un mundo sin sorpresas. Un futuro sin imperfecciones, errores y puntos ciegos, sin extravíos ni incertidumbre. Si seguimos sus dictados, toda preocupación se disipa porque siempre encontraremos una solución fácil y rápida a nuestros problemas²³⁴. Es como si nos susurrara: ‘no te resistas, déjate llevar porque ambos sabemos que el destino ya está escrito’.

Dos ejemplos cotidianos pueden ayudar a visualizar el potencial (amenazador) de estas fórmulas predictivas. No sé si se han observado que, al navegar por la Red, ya no tenemos que tomarnos la molestia de buscar información relevante, sino que es la información la que, adelantándose a nuestros deseos, se toma la molestia de buscarnos a nosotros²³⁵. La escritura predictiva de algunos procesadores de texto también es muy ilustrativa de este potencial²³⁶.

A la luz de todo lo anterior, del mismo modo que la datificación ubicua y su tratamiento automatizado desveló una nueva dimensión del ser humano amenazada (o con una intensidad nunca antes vista) y se evidenció la necesidad de su protección a través del derecho a la autodeterminación informativa, el avance de estas intromisiones en el yo

231 Trivers, *La insensatez de los necios*, op. cit., p. 72. Y añade: «en suma, hay sólidas pruebas de que la mente inconsciente se adelanta a la consciente en la preparación de decisiones, de que la conciencia aparece relativamente tarde en todo el proceso (después de diez segundos más o menos) y de que hay mucho tiempo para renunciar a una decisión después de haber tomado conciencia de ella (alrededor de un segundo). Además, la información entrante requiere alrededor de medio segundo para ingresar a la conciencia, de modo que la mente consciente parece evaluar y comentar el comportamiento post hoc – racionalizándolo incluso – en lugar de darle inicio».

232 Eagleman, *Incógnito*, op. cit., p. 93.

233 Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 244. Quien apunta que, por el contrario, puede atribuirse diversos significados a las palabras.

234 Joan-Carles Mèlich, *La fragilidad del mundo*, Tusquets, 2021, pp. 154 y 156.

235 Mèlich, *La fragilidad del mundo*, op. cit., p. 148.

236 En efecto, algunos procesadores de texto en la nube ofrecen la funcionalidad de redacción inteligente y muestran sugerencias de escritura predictiva a medida que se escriben frases. Literalmente, la máquina se anticipa, con un grado elevado de eficacia, a la mente.

inconsciente, como mínimo, suscita el debate de si este reducto tan profundo e íntimo de la persona (la intimidad de la intimidad²³⁷) también debería ser merecedor de un amparo singular. De hecho, la actividad cerebral por debajo del nivel consciente (teniendo en cuenta su predominancia absoluta - recuerden, al menos, en un 95%) es el sustrato que subyace a todas las manifestaciones de nuestro ser. Es el artífice silencioso de todos y cada uno de los atributos que definen o, mejor dicho, son nuestra identidad e integridad.

Pues bien, esta singularidad tan esquiva como frágil describe un nuevo «ámbito jurídico» susceptible de amparo. Y con una particularidad paradójica, porque, si en algún momento somos subliminalmente susurrados por terceros, condicionando efectivamente nuestra conducta, pensamiento y/o emoción, deberemos establecer instrumentos legales para protegernos de nosotros mismos. La oportunidad de esta positivación jurídica no estriba (por razones obvias) en la novedad del objeto (el yo inconsciente nos ha acompañado a lo largo de toda nuestra secuencia evolutiva²³⁸), sino en la escala de la decodificación en ciernes y en las posibilidades de intrusión.

En efecto, el cráneo ha protegido nuestro universo interior de asaltos externos durante miles de años. No obstante, este escudo óseo se está resquebrajando; y el Derecho, en tanto que se ha ocupado, preeminentemente, del 5% de nuestro ser (consciente), ahora debe tratar de atender al 95% restante (inconsciente). De ahí que, quizás, lo oportuno sería focalizarse en el yo inconsciente y sobre él (atendiendo a sus particularidades) gravitar la respuesta jurídica²³⁹. En particular, porque es un ámbito de la persona que, claramente, ha quedado desatendido; y, dada su predominancia y atributos descritos, es obvio que difícilmente (o muy precaria y tangencialmente) puede subsumirse en las categorías conceptuales existentes. En efecto, si se tienen en cuenta la preconductualidad, la precognitividad, la proposicionalidad y la metacognitividad, por un lado, y el carácter automático y enteramente biológico de los estados mentales (rechazando las tesis dualistas), por otro, emerge la necesidad de preservar de forma singular al yo inconsciente; y, como corolario lógico e ineludible de lo anterior, la prohibición de toda intervención no consentida que atente contra su integridad²⁴⁰.

237 Jesús Mercader Uguina (2022, 1), «En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo», *El Cronista*, núm. 100 (136 – 145).

238 Extensamente, Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Monográfico núm. 19, 2024, pp. 1-40.

239 Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, «Hacia el estatuto del yo inconsciente...», *op. cit.* Compartiendo este planteamiento, Nuria Reche Tello, *Mens iura fundamentalia: la neurotecnología ante la constitución*, Colex, 2024, p. 231.

240 Lo que debería complementarse con un derecho a la minería en bucle cerrado; y el derecho a la privacidad y derecho a la transparencia y a la titularidad psicométricas. Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, «Hacia el estatuto del yo inconsciente...», *op. cit.* En cuanto al consentimiento, especialmente, en el caso de empresas de neurotecnología orientadas al consumidor es importante tener en cuenta que

Esta aproximación, en tanto que apela a dimensiones ontológicas inauditas para el Derecho, justificaría *per se* la oportunidad e idoneidad de este amparo normativo (y, el debate internacional en ciernes quedaría superado). De hecho, se erige en un *prius* para el despliegue ordinario de los derechos fundamentales ya reconocidos. Y también justificaría el reajuste de algunos mecanismos ya existentes, para adaptarlos a las particularidades de esta amenaza. Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, en el ámbito de la privacidad, asumiendo que no todos los datos mentales están referidos a la salud (pueden emplearse neurotecnologías en personas sanas – por ejemplo, con finalidades de entretenimiento y/o de mejora de sus aptitudes), es probable que el art. 9 del Reglamento General de Protección de Datos debiera ser modificado (pues, algunos datos mentales, no quedarían subsumidos en el concepto de que aquel precepto recoge)²⁴¹.

En aras a fortalecer la tesis sostenida, pueden compartirse dos apuntes más: es difícil imaginar cómo el marco normativo existente, a pesar de toda su sofisticación y protección multinivel, puede erigirse en una respuesta eficaz frente a nosotros mismos (sin acudir a la órbita de la incapacitación civil). Además, si (como se ha apuntado), efectivamente, se está hablando de la intromisión definitiva, no debería escatimarse en esfuerzos (ni, incluso, aunque eventualmente acarree un cierto solapamiento con herramientas ya existentes). Como apunta el Informe del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (CACDH), «en el contexto de tecnologías altamente disruptivas, la anticipación es fundamental»²⁴². Frente a este riesgo en ciernes, es necesario articular la protección más firme y precisa al alcance. La entidad del desafío es de tal magnitud que sería frívolo pretender que basta parcheando los instrumentos existentes.

Dos factores añaden mayor urgencia, si cabe, al momento. La fusión de las generaciones más jóvenes, verdaderos nativos digitales, con la infoesfera es tan intrincada (incluso, en algunos casos, describiendo niveles de adicción patológicos) que los hace especialmente vulnerables a este riesgo. Por otra parte, la inminencia de este riesgo es perfectamente apreciable desde el instante que el art. 5.1 del Reglamento de Inteligencia Artificial prohíbe de forma explícita (aunque con importantes excepciones y, por lo tanto, carencias), los sistemas que se sirvan de técnicas subliminales que, trascendiendo la consciencia de una persona, alteren su comportamiento (o traten de hacerlo)²⁴³.

es difícil que el mismo sea válido cuando se desconocen los efectos potenciales a largo plazo (bien, porque el propio fabricante no lo sepa todavía; o bien, porque el usuario no sea capaz de comprender cabalmente sus consecuencias). Desde este punto de vista, y dada la amenaza intrínseca que atesoran, también es importante tratar de evitar las políticas comerciales agresivas que tratan de alentar la cesión de datos mentales «voluntaria».

241 EPRS, *The protection of mental privacy...*, *op. cit.*, p. 50 y 51.

242 *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, *op. cit.*, p. 5.

243 La literalidad del precepto es como sigue: «Quedan prohibidas las siguientes prácticas de IA: a). La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas

Aunque es difícil anticipar cuáles de los posibles cursos de acción se acabará materializando, (como se ha apuntado anteriormente) hay señales que invitan a pensar que es posible que este ímpetu tecnológico se despliegue vastamente en el entorno sociolaboral²⁴⁴. La confluencia de incentivos organizativos, productivos y económicos podrían erigirse en los factores aceleradores de este proceso y convertir a las empresas en una zona cero de este fenómeno. Aspectos que serán objeto de análisis en los apartados que siguen.

4. Datos mentales y relación de trabajo

El ámbito socio-laboral es un espacio especialmente propicio para la psicometría. De hecho, como se expondrá, es a través de la preservación de la salud y de la prevención de riesgos laborales que la irrupción de herramientas que parametrizan las ondas cerebrales podrá hurgarse en estratos profundos de la mente, acumulando capacidad para agujonearla, acceder al yo inconsciente e, incluso, condicionar subliminalmente el comportamiento.

En efecto, en el marco de lo que se conoce como la «gran desconexión» (y que apela a la idea de que «la inteligencia se está desconectando de la conciencia»²⁴⁵), el mundo empresarial ya está experimentando un proceso de «gran delegación» en la toma de decisiones²⁴⁶. Alimentados por algoritmos extractivos capaces de detectar regularidades, con finalidades predictivas, que aspiran a reducir el umbral de incertidumbre, es creciente el número de empresas que emplean asistentes informacionales automáticos o semiautomáticos para el asesoramiento y ejecución en decisiones que afectan a múltiples procesos empresariales.

El uso de robots que colaboran estrechamente con humanos (*co-bots*) es creciente²⁴⁷. Especialmente porque «la IA demuestra capacidades que le permiten interactuar con el ser humano de igual a igual, sino porque le superan en aspectos cognitivos combinatorios,

subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas».

244 Ver al respecto las recomendaciones para el ámbito laboral que describe la UNESCO en el informe (anteriormente citado), «First draft of a recommendation on the ethics of neurotechnology (revised version)», pp. 26 y 27; o bien, lo expuesto por el EPRS en su informe (*The protection of mental privacy...*, *op. cit.*, p. 20 – 22).

245 Yuval-N. Harari, *Homo Deus*, Debate, 2017, p. 341.

246 Mercader Uguina, «En busca del empleador invisible...», *op. cit.*, p. 138.

247 Mark Coeckelberg, *La ética de los robots*, Cátedra, 2024, p. 33.

exploratorios y transformacionales»²⁴⁸. Por ejemplo, en lo que se conoce como *Work Force Analytics* o *People Analytics*, ya operan dispositivos que inciden en la selección y contratación de personas²⁴⁹ (incluso en el sector público)²⁵⁰. La configuración de una arquitectura de las habilidades necesarias para las empresas mediante IA y el ajuste de las personas más idóneas para su ocupación también es un servicio que (en aras a hacer la selección más eficiente y promover la retención del talento) provee el mercado²⁵¹. Por otra parte, también impacta en la dirección de la empresa (a través de la dependencia algorítmica – y la definición constitutiva de la propia relación contractual ex DA 23ª ET). La dirección y gestión del trabajo son dimensiones en las que también están proliferando sistemas de decisión automatizados.

Por ejemplo²⁵², para la estimación del número de trabajadores necesarios para atender la demanda y la franja horaria más adecuada; así como en la asignación diaria del puesto en el centro de trabajo²⁵³ o de las tareas específicas a desarrollar²⁵⁴. La medición de la productividad²⁵⁵ y del salario y/o el control de la jornada (a través de, entre otros,

248 Lassalle, *Civilización artificial*, op. cit., p. 19.

249 Como se describe en la Guía del Ministerio de Trabajo y Economía Social *Información algorítmica en el ámbito laboral* (mayo 2022, p. 7), estos sistemas abarcan: «la (i) fase de selección (por ejemplo, publicación segmentada de la oferta de empleo en redes sociales o plataformas o procesamiento de currículums vitae); (ii) fase de preselección u ordenación de personas candidatas; (iii) fase de la entrevista de trabajo (por ejemplo, chatbots para ampliar información o sistemas de reconocimiento facial o test psicotécnicos para generar más indicadores de la persona); o (iv) fase de contratación (por ejemplo, modelos predictivos para personalizar la oferta salarial)».

250 Un ejemplo de gestión algorítmica en la adjudicación de una plaza en una entidad empresarial pública (ADIF), aunque el órgano jurisdiccional acabó corrigiendo el juicio automatizado (STSJ Castilla La Mancha 8 de julio 2021, rec. 1226/2020).

251 Por ejemplo, este es uno de los servicios que ofrece Retrain.ai.

252 Adrián Todolí Signes, «La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario. Retos del Derecho del Trabajo frente a la dirección algorítmica del trabajo», *El Cronista*, núm. 100, 2022, p. 154.

253 La gestión algorítmica del puesto de trabajo ha sido admitida por la SAN 14 de julio 2021 (rec. 277/2020). En concreto, en el marco del teletrabajo combinado con trabajo presencial, la implantación de un sistema de reparto semanal de puestos de trabajo a través de una aplicación informática (sistema denominado *hot desk* – en el que el empleado no cuenta con una ubicación fija, de modo que debe reservar su puesto de trabajo a través de la citada aplicación), no puede ser calificado como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo realizada sobre el sistema de trabajo y rendimiento, pues, se trata de una aplicación informática que permite la organización de los centros de trabajo más eficaz al aprovechar los espacios en función del grado de ocupación de los mismos por el personal. A su vez, tampoco se aprecia falta de ocupación efectiva ni que no se garantice un puesto de trabajo a cada persona trabajadora. No hay movilidad pues no consta que los trabajadores sean trasladados de centro de trabajo ni de localidad por la aplicación informática discutida (además, la AN entiende que concurre caducidad de la acción, al haberse presentado la demanda fuera del plazo legalmente previsto).

254 La gestión algorítmica de pedidos está implantada en múltiples sectores y han tenido cierto impacto a nivel judicial. Por ejemplo, en relación a los repartidores de plataforma (por todas, STS\Pleno 25 de septiembre 2020, rec. 4746/2019); peritos (STSJ And\Granada 3 de diciembre 2020, rec. 1024/2020); o abogados (STSJ Com. Valenciana 8 de enero 2019, rec. 3425/2018).

255 Por ejemplo, siguiendo la exposición de Nita A. Farahany (*The battle for your brain*, St. Martin's Press, 2023, pp. 41 a 43) ya en 2013, en el Reino Unido e Irlanda los trabajadores de los almacenes de la empresa Tesco llevaban brazaletes que rastrearán su productividad. Cada vez que un trabajador cogía un inventario y lo movía de un lugar a otro, el brazaletes registraba estos movimientos (y también hacía un seguimiento de

dispositivos biométricos²⁵⁶) son, asimismo, ámbitos muy propicios para la implantación de este tipo de tecnologías informacionales. En algunas empresas se registra la voz para su escrutinio en términos de productividad y de conducta y así poder parametrizar la empatía y la cortesía²⁵⁷; y las emociones también son objeto de tabulación (por ejemplo, a través de unas gafas)²⁵⁸.

Aunque esto pueda acarrear una mejora de la eficiencia y la productividad, repárese que esto también conlleva una pérdida de la iniciativa en la generación del propio entendimiento. Además, si toda acción viene precedida por un patrón artificialmente preconcebido, no sólo se coarta la libertad individual (el ser humano queda reducido a un mero ejecutor heterónimo), sino que también se amputa la posibilidad de desviarse de lo planificado y, quizás, más importante, la posibilidad de errar (y el aprendizaje que lleva implícito).

Por otra parte, de forma derivada a este proceso, es obvio que este desarrollo tecnológico también impacta en la monitorización y vigilancia de la actividad de los trabajadores (con gran granularidad y sofisticación panóptica). Y también es evidente que, en este gobierno de los números (en términos de Alain Supiot), el rendimiento queda sometido a una pegajosa evaluación exhaustiva de logros mediante indicadores numéricos y este tipo de automatización también puede acarrear la amortización de puestos de trabajo²⁵⁹. Además,

las pausas para ir al baño). A su vez, Amazon también tiene una pulsera patentada para hacer el seguimiento de sus empleados, así como un amplio programa de vigilancia denominado AWS Panorama, que utiliza algoritmos de aprendizaje automático para procesar imágenes de cámaras, y evaluar el comportamiento de los trabajadores mientras ejecutan su trabajo en tiempo real (también es aplicable para, en una tienda, contar el número de clientes, hacer el seguimiento de sus movimientos y comprobar la duración de las colas).

256 No obstante, los tribunales han empezado a establecer algunos límites. Por ejemplo, la SJS\2 Alicante 15 de septiembre 2023 (rec. 489/2023) entiende que un sistema de registro de jornada basado en el reconocimiento facial (a partir de la imagen de una fotografía) supone una violación de la intimidad de las personas trabajadoras, dado su carácter desproporcionado. En concreto, a partir del art. 4.14 RGPD, afirma: «Teniendo presente que el actor no dio su consentimiento expreso para que su imagen pudiera ser usada para fichar, que por la empresa no se le dieron otras opciones a fin de realizar el citado control y que no se realizó la obligada evaluación de impacto en protección de datos, se ha de entender vulnerado el derecho a la intimidad y propia imagen del actor, como así concluye el Ministerio Fiscal en fase de informe, por lo que precede la estimación de la demanda».

257 Ver al respecto, el testimonio que recoge Todolí Signes («La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario», *op. cit.*, pp. 155 y 156) en el sector de Contact Center y la monitorización del número y la duración de las llamadas, así como sus pausas y el contenido de las mismas (detectando palabras clave, el tono de voz y la entonación). Y, el hecho de que las empresas que comercializan este *software* proclaman que tienen la capacidad de medir la empatía y la cortesía y establecer un ranquin entre los trabajadores.

258 En relación al control de las emociones y las reservas sobre la precisión de su monitorización biométrica a través de la denominada *Teoría de la emoción construida*, anteriormente citada, véase Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «[Inteligencia artificial y reconocimiento biométrico de emociones: una valoración a la luz de las enmiendas del Parlamento europeo a la Ley de Inteligencia Artificial](#)», *Blog del Autor*, 2023. En términos generales, sobre el control de las emociones en el ámbito sociolaboral, véase el trabajo de Ana B. Muñoz Ruiz, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones. Implicaciones jurídico-laborales*, Tirant Lo Blanch, 2023.

259 En este sentido, podrían destacarse dos resoluciones. Por un lado, la STSJ And\Granada 21 de enero 2021 (rec. 1291/2020), en la que se declara la improcedencia derivada de la reorganización de la plantilla

estos sistemas de datos (a través de la analítica predictiva) también pueden ser empleados para justificar despidos por causas de empresa preventivos²⁶⁰.

En paralelo, aunque es una dimensión en la que esta tecnología podría redundar en beneficio de los empleados, no pueden obviarse los riesgos psicosociales anudados a su uso²⁶¹, ni tampoco que (como se ha avanzado), precisamente, la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud pueden convertirse en una vía para acrecentar la monitorización y el control empresarial²⁶². La atención y el sueño (en aras a determinar la calidad del descanso), ya es una dimensión susceptible de control²⁶³. El monitoreo del esfuerzo en tiempo real está plenamente normalizado en algunos ámbitos (como en el caso de los deportistas²⁶⁴); y ya se usan diversos dispositivos (exoesqueletos o ropa inteligente)

que prestaba servicios en el área de recepción de hotel, tras instalación de un algoritmo. Y, por otro lado, la SJS/10 Las Palmas 23 de septiembre 2019 (núm. 470/2019), que (de forma controvertida), estima que la extinción por automatización describe una especie de extinción agravada que debe ser calificada como improcedente. En concreto, se declara improcedente el despido de una trabajadora (administrativa) de una multinacional turística, justificado por causas objetivas fundadas en la adquisición de una licencia de Jidoka, un RPA (acrónimo de *Robotic Process Automation* o Automatización Robótica de Procesos) para la gestión y conciliación de cobros. Un análisis crítico en Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Automatización y despido objetivo (SJS/10 Las Palmas 23/9/19)», *Blog del Autor*, 2019.

260 El artículo 51.1 ET, al enumerar las posibles causas económicas que justifican un despido colectivo, habla (parcamente) de la existencia de una situación económica negativa, añadiendo que, por tal, puede entenderse (entre otras) una situación de pérdidas previstas. Y, de ahí, la doctrina (Felipe Soler Ferrer, «La nueva regulación del despido por causas objetivas», *Diario La Ley*, núm. 7548, 2011, versión digital) hable de despido preventivo, pues, «ya no es necesaria una situación real y presente, tan solo se requiere que las pérdidas se prevean». Extensamente al respecto, Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Despido económico preventivo y teorema de Bayes», *IUSLabor*, núm. 1, 2021, pp. 66 a 98.

261 En este sentido el informe relativo a los riesgos de la algoritmización elaborado por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo en 2022, con el título: *Artificial intelligence for worker management: implications for occupational safety and health*. Extensamente al respecto, Guillermo García González, «La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos», En Alfredo Abadías y Guillermo García (Coords.), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Atelier, 2022, pp. 21 y ss.

262 Ana B. Muñoz Ruiz, «Podría ser la seguridad en el trabajo un pretexto para controlar al trabajador», *El Cronista*, núm. 100, 2022, pp. 147 y 148.

263 Sobre estas herramientas ver el trabajo de Muñoz Ruiz, «Podría ser la seguridad en el trabajo un pretexto para controlar al trabajador», *op. cit.*, pp. 146 y 147. Tal y como se reportan Jared Genser, Stephanie Herrmann y Rafael Yuste (*International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology*, NeuroRights Foundation, 2022, p. 12 – traduzco del inglés), «en una fábrica de Hangzhou, China, los trabajadores de la línea de producción supuestamente están siendo equipados con sombreros y cascos que leen señales cerebrales para decodificar las emociones de los trabajadores, y luego estos datos se envían a algoritmos de inteligencia artificial para detectar cambios en la emoción que afecten a los niveles de productividad, aunque la precisión de esta tecnología es cuestionada. En algunos medios de comunicación digital (*La Vanguardia* – 01/07/19) se recogía la iniciativa de una empresa de ofrecer un «anillo inteligente a sus empleados para controlar sus hábitos de sueño, su frecuencia cardíaca y otros indicadores fisiológicos». O bien, el utensilio de Amazon para captar los movimientos y la respiración mientras se duerme (*Wired* – 28/09/22). O, bien, la implantación de pantallas y cámaras en las lentillas (*El País* – 26/10/22) es otro de los posibles avances del futuro.

264 Los chalecos que llevan algunos deportistas (por ejemplo, futbolistas) en los entrenamientos y partidos miden diversas variables (entre otras, frecuencia cardíaca, velocidad, distancia). De hecho, el mundo del deporte lleva algunos años experimentando una verdadera revolución a partir del uso de datos y la estadística (como expone Michael Lewis, *Moneyball, The Art of Winning an Unfair Game*, WW Norton & Co., 2003) y

para potenciar la fuerza y mitigar la fatiga y prevenir riesgos laborales²⁶⁵. Y, en la conducción por carretera, son diversos los testimonios en este sentido también. Existen mecanismos de reconocimiento facial dirigidos a medir la atención de los conductores (en concreto, si están mirando la carretera) y también se emplean cámaras de infrarrojos para monitorizar las posiciones de la cabeza y de su cuerpo, así como sus expresiones faciales y los gestos de la mano. También se utiliza la inteligencia artificial para medir su nivel de distracción, a partir de la monitorización de sus ojos y la orientación de la cara²⁶⁶.

Es de esperar que los trabajadores también sean asistidos por sistemas de recomendación con el propósito de complementar las tareas encomendadas desde diversas y heterogéneas dimensiones (organizativas, productivas, preventivas, de salud, emocionales, etc.). En estos casos, es importante tener en cuenta que «los sistemas de recomendación a menudo utilizan el Aprendizaje Automático (AA) para aprender las preferencias de los usuarios y optimizar la entrega de algún servicio. Cuando se aplica un enfoque iterativo de AA a los sistemas de recomendación, se vuelve cada vez más difícil identificar si el sistema está aprendiendo las preferencias de sus usuarios o si el sistema de recomendación ha influenciado a los usuarios para que se comporten de cierta manera con el fin de maximizar su función objetivo (como métricas de atención del usuario o clics) (...). Por lo general, los elementos más populares se recomiendan con más frecuencia, lo que los hace aún más populares (...). Los algoritmos del sistema de recomendación utilizan estos datos de comportamiento para el entrenamiento. Dado que los datos de comportamiento provienen de comportamientos influenciados por el sistema de recomendación, entrenar con esos datos crea un bucle de retroalimentación (...). Con el tiempo, estos sistemas pueden cambiar las preferencias a un rango cada vez más estrecho de contenido»²⁶⁷.

En definitiva, a la luz de todo lo expuesto, pueden extraerse dos conclusiones relevantes. En primer lugar, que la antropometría de las personas trabajadoras está en plena expansión. Y, en segundo lugar, atendiendo a la naturaleza de los datos que se están recopilando (y como ya se ha apuntado), que el condicionamiento de la conducta es el gran objetivo a alcanzar.

es claro que la monitorización exhaustiva de la conducta (como si de caballos de carreras se tratara) y la búsqueda de una mayor certeza en los pronósticos (de todo tipo) es el objetivo a alcanzar.

265 Con esta ropa inteligente, siguiendo a Ana B. Muñoz Ruiz («Inteligencia artificial y uso de algoritmos para gestionar el trabajo: la deshumanización de los trabajadores», *EuSocialCit*, 2022 – en relación al *Proyecto Bionic H2020*), los «algoritmos predictivos pueden realizar valoraciones ergonómicas del riesgo de estrés físico del trabajador/usuario de la herramienta, mediante el desarrollo de sensores en su ropa que recogen información en tiempo real sobre la salud de la persona, a partir de un análisis de los parámetros examinados: postura, cargas, tiempos y estado fisiológico (frecuencia cardíaca, temperatura corporal, etc.)».

266 Farahany, *The battle for your brain*, op. cit., p. 45.

267 Matija Franklin, Hal Ashton, Rebecca Gorman, Stuart Armstrong, «Missing Mechanisms of Manipulation in the EU AI Act», *The International FLAIRS Conference Proceedings*, 35, p. 2.

5. Datos neuronales y relación de trabajo

La irrupción de las neurotecnologías no invasivas en el entorno sociolaboral puede amplificar superlativamente los efectos recién descritos.

Por ejemplo, la empresa InnerEye, a partir de la idea de la tutoría humana de la IA es el mejor método para mejorar la IA, propone un sistema de EEG que, a partir de los datos cerebrales de las personas, fusiona la inteligencia humana con la artificial en aras a potenciar la toma de decisiones complejas (como la detección de armas de los controles de seguridad en aeropuertos, la detección de tumores a partir de imágenes médicas, la selección de plantas enfermas por agricultores o de defectos de producción en productos).

Por otra parte, la empresa SmartCap Technologies ha desarrollado una cinta para la cabeza con sensores EEG que mide las ondas cerebrales y, tras su procesamiento a través de algoritmos, proporciona una puntuación de evaluación de riesgos basada en la capacidad del usuario para resistir el sueño (la herramienta mide niveles de fatiga en una escala del 1 al 5, desde hiperalerta hasta sueño involuntario). Cuando el sistema detecta que el usuario se está volviendo peligrosamente somnoliento, envía una advertencia temprana tanto al empleado como a su responsable. Según los datos de la empresa, más de cinco mil compañías en todo el mundo (en sectores como minería, construcción, transporte de carga, aviación, ferrocarriles) utilizan este dispositivo para asegurarse que sus empleados estén completamente despiertos²⁶⁸. Lo cierto es que, aunque la precisión de estos dispositivos tiene todavía mucho margen de mejora, tienden a detectar la fatiga de manera más temprana y confiable que la tecnología telemática tradicional y los dispositivos más precisos funcionan tan bien como (o incluso mejor que), el reconocimiento facial y las cámaras de vehículos²⁶⁹.

De hecho, todo invita a pensar en una expansión acelerada de esta tecnología porque los dispositivos con EEG pueden aplicarse en diversos entornos laborales para hacer un seguimiento del cansancio. En la medida que afecta negativamente a la motivación, la concentración y la coordinación (provocando pérdidas de productividad significativas), con el avance de la neurotecnología y sus algoritmos, estos sistemas podrían convertirse en el estándar para el monitoreo de la fatiga laboral. Los efectos jurídicos derivados de esta información, así como de la respuesta de los trabajadores a las posibilidades de retroalimentación y/o de la supervisión directa de sus superiores son factores que podrían acabar determinando el grado de implantación de estos instrumentos.

268 Farahany, *The battle for your brain*, op. cit., p. 43.

269 Farahany, *The battle for your brain*, op. cit., p. 45.

Por otra parte, la empresa Emotiv ha diseñado un dispositivo (el MN8) que, en forma de auriculares provistos con sensores de EEG, permiten a los empleadores rastrear las ondas cerebrales de los trabajadores para detectar niveles de estrés y atención mientras trabajan. El propósito es medir la productividad durante el desempeño (enviando un mensaje cuando el sistema detecta la superación de un determinado umbral). El sistema Focus UX, creado por la misma compañía en colaboración con SAP SE (según su información pública) lee «los estados cognitivos humanos en tiempo real y comparte comentarios personalizados con los empleados, y sus gerentes que los rastrean, sobre su rendimiento cognitivo (carga, estrés, niveles de atención) mientras están en el trabajo». Esta tecnología también abre la puerta al aprendizaje personalizado en las empresas (aunque no sólo). El objetivo es que un «software pueda detectar con precisión el momento en que un usuario pierde el foco o el interés, que sepa cuándo y dónde el usuario está atrapado en un flujo de trabajo y que pueda sugerir qué tipo de apoyo y ayuda de aprendizaje se beneficiaría más el usuario en un momento específico»²⁷⁰. Como apunta Farahany, los empleadores pueden utilizar estos datos para «evaluar las cargas cognitivas de los usuarios individuales, compararlas entre su plantilla y tomar decisiones sobre como optimizar su plantilla para una mayor productividad durante todo el día. Y, por supuesto, tomar decisiones de promoción, retención y despido»²⁷¹.

La empresa Lockheed ha desarrollado una herramienta que permite evaluar la carga de trabajo cognitiva en tiempo real (*CogC2 – Cognitive Command and Control*), con múltiples propósitos (también según los datos de la empresa): «optimizar la distribución de carga en un equipo de empleados»; «comprender los ciclos de rendimiento de individuos y equipos»; mejorar la seguridad en el lugar de trabajo al «identificar indicadores de fatiga o falta de atención antes de que ocurra un accidente»; o monitorear «el estado fisiológico y el bienestar de los empleados». Este dispositivo de mide cargas de trabajo neurofisiológica en tiempo real permite identificar los ciclos de rendimiento de las personas y los equipos. Es importante advertir que con dispositivos EEG es posible clasificar el tipo de actividad a la que se dedica un individuo (de mayor a menor carga cognitiva): tareas centrales (como desarrollar código), tareas periféricas (escritura de documentación) y meta tareas (navegación por redes sociales). Y es de esperar que, a medida que la granularidad en la clasificación de patrones de datos de ondas cerebrales sea más fina, los empleadores podrán saber qué está haciendo cada trabajador en cada momento.

²⁷⁰ Vanessa Micelli-Schmidt and Philip Miseldine, «[SAP: Personalizing Workplace Learning with SAP and EMOTIV](#)», *MarketScreener*, Septiembre 23, 2019. Un aspecto importante a tener en consideración, al menos con un dispositivo de esta misma compañía ('Emotiv Insight'), es que, como expone el EPRS en su informe (*The protection of mental privacy...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10), se ha demostrado que puede ser objeto de hackeo con efectos contraproducentes para el usuario.

²⁷¹ Farahany, *The battle for your brain*, *op. cit.*, p. 47.

En este contexto, es obvio que la promoción de la salud de los trabajadores y la prevención de riesgos laborales (con todas sus derivadas jurídico-laborales) es un campo abonado para la implantación de estas tecnologías. De hecho, la medición del estrés a través de dispositivos EEG ofrece objetivamente algunas ventajas porque puede «cuantificarse a partir de los patrones de ondas cerebrales superando los posibles sesgos de los métodos de medición del estrés psicológico basados en encuesta»²⁷². Por ejemplo, Total Brain es una aplicación de rendimiento cerebral y salud mental basada en neurociencia que, entre otras funciones, permite a los usuarios autocontrolar las capacidades y riesgos del cerebro y que, obviamente, también tiene aplicación en el ámbito profesional.

En definitiva, muy probablemente, todo apunta a que la promoción de la salud cerebral de los empleados se erigirá en una medida preventiva destacada (y en la que muchos de ellos estarán dispuestos a participar voluntariamente)²⁷³.

6. Una valoración final: la «esencia de la esencia» comprometida y el «definitivo» poder instrumental empresarial

La mente y la consciencia humanas han sido consideradas el envoltorio del yo más íntimo, una fortaleza inexpugnable, protegida por un escudo óseo e inaccesible desde el exterior²⁷⁴. No obstante, como se ha expuesto a lo largo de este ensayo, al albur de un ímpetu tecnológico prodigioso, la recopilación de datos sobre los estados mentales es un portal para cartografiar estos estratos profundos y describe una «invasibilidad» potencial sin precedentes.

Los algoritmos extractivos, como si fueran ladrones de sombras, están jugando un papel clave en este descifrado y el procesamiento de los datos mentales abre la puerta al condicionamiento subliminal, con posibilidad de atentar al sentido de identidad y autoconsciencia del individuo. Sin duda, un manoseo subterráneo tan inaudito como intolerable. En la medida que el yo inconsciente es el sustrato basal de todas las manifestaciones que nos hacen humanos y que son nuestra identidad y dignidad, debe quedar parapetado tras un nuevo e inexpugnable escudo jurídico. El reconocimiento jurídico de la singularidad y predominancia de este núcleo duro (la esencia de la esencia) es la

272 Houtan Jebelli, Sungjoo Hwang, SangHyun Lee, «EEG-based workers' stress recognition at construction sites», *Automation in Construction*, Volume 93, 2018 (315-324).

273 Por ejemplo, es posible medir la edad cerebral de los trabajadores por turnos a través de la información obtenida a través de EEG durante el sueño. Su Jung Choi, Soonhyun Yook, Hea Ree Park, Hosung Kim, and Eun-Yeon Joo, «Brain Age Prediction based on Sleep EEG in Shift Workers», *Neurology*, núm. 17, supplement 2, vol. 100, 2023.

274 CACDH, *Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología ...*, op. cit., p. 2.

mejor de las garantías a nuestro alcance. La protección de los derechos del yo inconsciente de las personas (o derechos YIP) debería ser una prioridad legislativa.

La confluencia de los avances de la técnica, la facultad de dirección y de control y la prevención de riesgos laborales convierten al entorno sociolaboral en un espacio propicio para que la antropometría prolifere en extensión e intensidad y para que estas amenazas se corporicen aceleradamente. Es factible pensar que el mayor conocimiento sobre la conducta humana que esta información acabará facilitando (superior, incluso, a la que uno pueda tener de sí mismo), se traduzca, en aras a alcanzar los objetivos empresariales, en un intento de moldeado conductual (mediante incentivos, empujoncitos digitales, etc.) mediante susurros por debajo del nivel consciente. En una adaptación (inquietante) del cuento del flautista de Hamelin, los empleados, al son de una música imperceptible para sus oídos, podrían acabar bailando sin saber por qué. Es obvio que, en este contexto, el texto en la sombra de las decisiones basadas en algoritmos habilita un ámbito de indefensión particularmente hiriente (y el papel del nuevo art. 64.4.d ET será determinante).

El Reglamento de Inteligencia Artificial (su art. 5), como se ha avanzado, lejos de restringirlos, ha habilitado espacios de condicionamiento imperceptible intolerables (por ejemplo, sólo se prohíben los condicionamientos que causen un daño significativo – un «perjuicio considerable»). Además, determinar en qué medida el yo inconsciente ha sido condicionado, cómo esto ha influido en el elemento volitivo y cómo se acredita que la intromisión heterónoma ha llevado a una persona a adoptar una decisión que, de otro modo, no habría tomado son elementos, hoy por hoy, difíciles de medir. A nadie se le escapa que, difícilmente, podrán convertirse, por sí mismos, en elementos de protección jurídica efectivos²⁷⁵.

El panóptico que esta tecnología de la conducta humana habilita también redefine por completo los poderes del empresario: si los susurros por debajo del nivel consciente se materializan y condicionan efectivamente el comportamiento, el poder de dirección adquirirá tal sobredimensionamiento y preponderancia que el poder de control quedará relegado a un segundo plano (casi marginal). Las personas trabajadoras serán, literalmente, teledirigidas a voluntad (y su monitorización ya no será prioritaria – o mucho menos). Su conformidad ya no será relevante, porque quedarán sumergidas en un nuevo tipo de automaticidad, despojada de todo significado reflexivo.

Este nuevo poder empresarial instrumental que asoma, a través de la amputación de la conducta de los trabajadores, podrá alcanzar una condición de certeza sin resistencia, en

²⁷⁵ Extensamente, un análisis crítico de este precepto en, Beltrán de Heredia Ruiz, «Hacia el estatuto del yo inconsciente...», *op. cit.*

forma de resultados garantizados.

Antes de que esta amenaza se corporice, de nosotros depende cortocircuitarlo.

7. Bibliografía citada

John Bargh, *Sin darse cuenta*, B de Bolsillo, 2023.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Monográfico núm. 19, 2024.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, 2023.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Inteligencia artificial y reconocimiento biométrico de emociones: una valoración a la luz de las enmiendas del Parlamento europeo a la Ley de Inteligencia Artificial», *Blog del Autor*, 2023.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Despido económico preventivo y teorema de Bayes», *IUSLabor*, núm. 2, 2021.

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, «Automatización y despido objetivo (SJS/10 Las Palmas 23/9/19)», *Blog del Autor*, 2019.

Eduardo Bertoni, *The privacy and data protection implication of the use of neurotechnology and neural data from the perspective of Convention 108*, Consejo de Europa, junio 2024.

Jan Christoph Bublitz, «What an International Declaration on Neurotechnologies and Human Rights Could Look like: Ideas, Suggestions, Desiderata», *AJOB Neuroscience*, Volume 15, 2024 - Issue 2.

Su Jung Choi, Soonhyun Yook, Hea Ree Park, Hosung Kim, and Eun-Yeon Joo, «Brain Age Prediction based on Sleep EEG in Shift Workers», *Neurology*, núm. 17, supplement 2, vol. 100, 2023.

Mark Coeckelbergh, *La ética de los robots*, Cátedra, 2024.

Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CACDH), Efectos, oportunidades y retos de la neurotecnología en relación con la promoción y la protección de todos los derechos humanos, Informe A/HRC/57/61, agosto 2024.

Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, Report of the International Bioethics Committee of UNESCO (IBC) on the ethical issues of neurotechnology.

Daniel C. Dennett, *La libertad de acción*, Gedisa, 2018.

Daniel C. Dennett, *La conciencia explicada*, Paidós, 1995.

Marcus Du Sautoy, *Lo que no podemos saber*, Acantilado, 2018.

Salvador Dura-Bernal, «State of the art and challenges of neurotechnology», en *The risks and challenges of neurotechnologies for human rights*, UNESCO, 2023.

David Eagleman, *Una red viva: La historia interna de nuestro cerebro*, Anagrama, 2024.

David Eagleman, *Incógnito*, Anagrama, 3ª Ed., 2022.

European Parliamentary Research Service (EPRS), The protection of mental privacy in the area of neuroscience, julio 2024.

European Data Protection Supervisor (EDPS), «Neurodata», *TechDispatch*, núm. 1, junio 2024.

Nita A. Farahany, *The battle for your brain*, St. Martin's Press, 2023.

Lisa Feldman Barrett, *La vida secreta del cerebro*, Paidós, 2018.

Joaquín M. Fuster, *Cerebro y libertad*, Ariel, 2014.

Matija Franklin, Hal Ashton, Rebecca Gorman, Stuart Armstrong, «Missing Mechanisms of Manipulation in the EU AI Act», *The International FLAIRS Conference Proceedings*, 35.

Guillermo García González, «La gestión algorítmica del trabajo: riesgos y desafíos», En Alfredo Abadías y Guillermo García (Coords.), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial: la tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Atelier, 2022

Jared Genser, Stephen Damianos y Rafael Yuste, «Safeguarding Brain Data: Assessing the Privacy Practices of Consumer Neurotechnology Companies», abril 2024.

Jared Genser, Stephanie Herrmann y Rafael Yuste, *International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology*, NeuroRights Foundation, 2022.

Yuval-N. Harari, *Homo Deus*, Debate, 2017.

Jeff Hawkins, *Mil cerebros*, Tusquets, 2023.

Houtan Jebelli, Sungjoo Hwang, SangHyun Lee, «EEG-based workers' stress recognition at construction sites», *Automation in Construction*, Volume 93, 2018 (315 - 324).

Philip N. Johnson-Laird, *El ordenador y la mente*, Paidós, 1990, p. 343.

José María Lassalle, *Civilización artificial*, Arpa, 2024.

Andrea Lavazza, «Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis», *Frontiers in Neuroscience*, 2018, Vol. 12, 82.

Michael Lewis, *Moneyball, The Art of Winning an Unfair Game*, WW Norton & Co., 2003.

Sjors Lightart, Marcello Ienca, Gerben Meynen et al., «Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2023.

Elena Losanno, Matthew Mender, Cynthia Chestek, Solaiman Shokur & Silvestro Micera, «Neurotechnologies to restore hand functions», *Nature Reviews Bioengineering*, 1, 2023.

Joan-Carles Mèlich, *La fragilidad del mundo*, Tusquets, 2021.

Jesús Mercader Uguina, «El 'big bang' de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos», *Labos*, Vol. 5, núm. 2, 2024.

Jesús Mercader Uguina, «En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo», *El Cronista*, núm. 100, 2022 (136 – 145).

Vanessa Micelli-Schmidt and Philip Miseldine, «SAP: Personalizing Workplace Learning with SAP and EMOTIV», *MarketScreener*, Septiembre 23, 2019.

Leonard Mlodinow, *Subliminal: Cómo tu inconsciente gobierna tu comportamiento*, Drakontos, Edición Kindle, 2013.

Francisco Mora, *Cómo funciona el cerebro*, Alianza, 5ª Edición, 2017.

Ana B. Muñoz Ruiz, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones. Implicaciones jurídico-laborales*, Tirant Lo Blanch, 2023.

Ana B. Muñoz Ruiz, «Podría ser la seguridad en el trabajo un pretexto para controlar al trabajador», *El Cronista*, núm. 100, 2022.

Ana B. Muñoz Ruiz, «Inteligencia artificial y uso de algoritmos para gestionar el trabajo: la deshumanización de los trabajadores», *EuSocialCit*, 2022.

Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, *Avances en neurociencia: aplicaciones e implicaciones éticas*, 2023.

David Pineda, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, Cátedra, 2012.

Margarita Ramos Quintana y Jesús Mercader Uguina, «Los neuroderechos laborales: la neurotecnología llega al lugar de trabajo», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 117.

Juan Antonio Rivera, *Moral y civilización. Una historia*, Arpa, 2024.

Nuria Reche Tello, *Mens iura fundamentalia: la neurotecnología ante la constitución*, Colex, 2024.

Robert Sapolsky, *Decidido*, Capitán Swing, 2024.

Robert Sapolsky, *Compórtate*, Capitán Swing, 2018.

Ahmed Shaheed, *Libertad de religión o de creencias*, Asamblea General de Naciones Unidas, Informe A/76/380, octubre 2021.

Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

Adrián Todolí Signes, «La inteligencia artificial no te robará tu trabajo, sino tu salario. Retos del Derecho del Trabajo frente a la dirección algorítmica del trabajo», *El Cronista*, núm. 100,

2022.

Robert Trivers, *La insensatez de los necios*, Katz, 2013.

UNESCO, «First draft of a recommendation on the ethics of neurotechnology (revised version)», agosto 2024.

UNESCO, Report of the international bioethics committee of unesco (ibc) on the ethical issues of neurotechnology, diciembre 2021.

World Economic Forum, «The brain computer interface market is growing – but what are the risks?», junio 2024.

Wu Youyoua, Michal Kosinskib, and David Stillwell, «Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans», *PNAS*, vol. 112, núm. 4, 2015.

Shoshana Zunoff, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, 2020.

Libertad de acceso al empleo y permanencia en el trabajo (Doctrina TJUE)

MARÍA LOURDES ARASTEY SAHÚN, Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Magistrada de la Sala Social del Tribunal Supremo en situación de servicios especiales.

El derecho al trabajo en la carta de derechos fundamentales de la unión europea

El art. 15 de la CDFUE establece que toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida y aceptada (ap. 1).

Este derecho universal se completa, de forma matizada, en los dos apartados siguientes del mismo artículo. De un lado, todo ciudadano de la Unión tiene la libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro (ap. 2). De otro lado, los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión (ap. 3)

La libertad de elección de la ocupación fue reconocida por el Tribunal de Justicia con anterioridad a su formulación en la Carta. Así, STJUE 14 mayo 1974, *Nold*, C-4/73 (p.12 a 14); 13 diciembre 1979, *Hauer*, C-44/79; y 8 octubre 1986, *Keller*, C-234/85 (p.8).

En *Nold*, el Tribunal de Justicia sostuvo ya que el Derecho de la Unión (entonces Comunitario, que hoy no existe) debía acoger aspectos del derecho al trabajo que estaban ya incluidos en las constituciones nacionales, como el derecho a la libre elección y práctica de la profesión o empleo.

Esta libertad – consagrada en el ap. 1 del art. 15 de la Carta- halla su antecedente en el art. 1.2²⁷⁶ de la Carta Social Europea (Consejo de Europa, Turín, 1961), que fue ratificada por todos los Estados miembros. Tiene, además, un antecedente en la Carta Comunitaria de Derechos sociales fundamentales, de 1989 (cuya naturaleza jurídica era, sin embargo,

²⁷⁶ Article 1 – Droit au travail. En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties contractantes s'engagent: (...) 2 à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris; (...).

distinta a la Carta).

Cabe poner de relieve que el art. 15 de la Carta no menciona el pleno empleo, ni tampoco la obligación del Estado de ofrecer empleo. La amplitud del derecho reconocido en el art. 15.1 no ha provocado ninguna afirmación sobre un derecho de acceso al trabajo, ni tampoco hay jurisprudencia sobre medidas para combatir el desempleo o incentivar el empleo. Hay que destacar que el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el art. 29 de la Carta, a cuyo tenor toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación²⁷⁷.

Lo que sí ha señalado el Tribunal de Justicia es que el libre ejercicio de una actividad profesional forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión (STJUE de 29 marzo 2012, *Interseroh Scrap and Metals Trading*, C-1/11, EU:C:2012:194, p. 43 y jurisprudencia citada).

Además, ha afirmado el Tribunal de Justicia que el art. 15.1 de la Carta tiene un ámbito de aplicación amplio, tanto *ratione personae* como *ratione materiae* (STJUE de 4 mayo 2023, *Agentia Națională de Integritate (ANI)*, C-40/21, p. 77). Ahora bien, en esa misma sentencia se dijo que, por muy amplio que sea dicho ámbito, no cabía invocar el derecho del art. 15.1 de la Carta en relación con un cargo electivo – alcalde²⁷⁸- (“el artículo 15, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales debe interpretarse en el sentido de que el derecho a desempeñar un mandato electivo, como el de alcalde, obtenido al término de un proceso electoral democrático no está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha disposición”).

Pese a no imponerse una obligación genérica a los Estados miembros, las normas anti-discriminación sí pueden ser consideradas como el mecanismo de garantía del derecho al trabajo. El Tribunal de Justicia ha afirmado la necesidad de que los Estados miembros promuevan la diversidad en consonancia con el preámbulo de la Directiva 2000/78. Así, recordando la STJUE de 21 julio 2011, *Fuchs y Köhler*, C-159/10 y 160/10 (p. 62 y 63), en la STJUE de 5 julio 2012, *Hörnfeldt*, C-141/11 (p.37) se decía que: “la prohibición de discriminaciones por motivos de edad enunciada en la Directiva 2000/78 debe entenderse a la luz del derecho a trabajar reconocido en el art. 15.1 de la Carta (...). De ello resulta que debe prestarse una atención especial a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social. El mantenimiento en

²⁷⁷ Este artículo se basa en el art. 1.3 de la Carta Social Europea.

²⁷⁸ El artículo 15 se encuentra en el capítulo de las “libertades”. El derecho de sufragio pasivo en las elecciones, a saber, los artículos 39 y 40 de la Carta, relativos al derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, respectivamente, se incluyen en un capítulo distinto, el capítulo V, titulado «Ciudadanía».

activo de estas personas favorece la diversidad en el empleo, que es un objetivo reconocido en el vigésimo quinto considerando de la Directiva 2000/78. Este mantenimiento contribuye asimismo al desarrollo personal y a la calidad de vida de los trabajadores afectados, conforme a las pretensiones del legislador de la Unión expresadas en los considerandos octavo, noveno y undécimo de esta Directiva”.

La vinculación del derecho al acceso al trabajo con la prohibición de discriminación tiene enorme relevancia desde el plano de la acción, puesto que, si bien no cabe afirmar un efecto horizontal al art.15.1 –a diferencia de lo que sí ocurre con el derecho a la libre circulación de trabajadores ex art. 45 TFUE²⁷⁹–, el Tribunal de Justicia sí lo ha declarado respecto del art. 21 de la Carta (así, en STJUE de 19 enero 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07; 6 noviembre 2018, *Bauer*, C-596/16; o 22 enero 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17). Es, pues, un derecho que puede ser invocado directamente a través de otros derechos conferidos por el Derecho de la Unión que sí crean obligaciones para agentes privados, como los empleadores.

Ahora bien, como veremos, el derecho al trabajo está diseñado en atención a los objetivos mismos de la UE, esto es, a la salvaguarda de las libertades fundamentales que configuran el mercado interior (libertad de movimiento de trabajadores, libertad de establecimiento y libertad de servicios). Son estas libertades y las competencias de la Unión en relación con la política social, establecida en el Capítulo X del TFUE (en especial los arts. 153 y 156), las que marcan el contorno del derecho al empleo.

En efecto, el párrafo segundo del art. 15 de la Carta se refiere a las tres libertades fundamentales garantizadas por los Tratados (arts. 26, 45, 49 y 56 TFUE); libertad de movimiento de trabajadores, libertad de establecimiento y libertad de servicios.

Si bien todo el mundo tiene derecho a buscar un empleo y a elegir libremente una ocupación, para un ciudadano de la Unión tal derecho implica una libertad mucho más específica de desarrollar una actividad económica transfronteriza, tal y como le reconocen los Tratados y se plasma en el citado apartado 2 del art. 15 de la Carta. Ciertamente, un componente lógico del derecho de los ciudadanos de la Unión a moverse libremente por el territorio de ésta es el derecho a poder trabajar. De ahí que el Tribunal de Justicia haya señalado que los ciudadanos de la Unión tienen derecho a la igualdad de trato respecto de

279 El artículo 45 TFUE, que tiene efecto directo, se opone a cualquier medida basada en la nacionalidad o aplicable con independencia de esta, que pueda colocar en una situación desfavorable a los nacionales de la Unión que deseen ejercer una actividad económica en el territorio de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, impidiéndoles abandonarlo o disuadiéndoles de hacerlo (STJUE de 15 diciembre 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, p. 93 a 96; 16 marzo 2010, *Olympique Lyonnais*, C-325/08, EU:C:2010:143, p. 33 y 34; y 21 diciembre 2023, *SA Royal Antwerp Football Club*, C-680/21, p.136).

los nacionales del Estado miembro en que se hallen, tanto en el acceso al empleo, como también, a las ventajas y beneficios sociales y fiscales asociadas al empleo (STJUE 23 marzo 2004, *Collins*, C-138/02; y 6 octubre 2020, *Jobcenter Krefeld-Winderspruchsstelle*, p.45).

Por tanto, el art. 15 refuerza la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión para poder ser económicamente activos a través del territorio de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia ha declarado que el art. 15.2 de la Carta recoge, en particular, la libre circulación de los trabajadores garantizada por el art. 45 TFUE y la libertad de establecimiento garantizada en el art. 49 TFUE (STJUE de 8 mayo 2019, PI, C-230/18, EU:C:2019:383, p. 53; y de 8 julio 2021, Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija, C-166/20, EU:C:2021:554,²⁸⁰).

En contraste, el párrafo tercero del art. 15 de la Carta no guarda relación con el paquete de derechos que confiere la ciudadanía de la Unión, sino que está basado en el art. 153.1 TFUE²⁸¹, así como en el art. 19.4²⁸² de la Carta Social Europea. Ello implica la condición de trabajador. El derecho al trabajo y a la libre elección de ocupación de los nacionales de países terceros no está ligado a un derecho a la libre circulación. Por el contrario, tales derechos tienen una dimensión de derecho de la Unión solamente cuando tales nacionales de estados terceros obtengan autorización para trabajar en un Estado miembro, siendo ello lo que les legitima para el trato equivalente en relación con las condiciones de trabajo.

Conviene poner de relieve que el art. 15.3 no altera el estatuto jurídico de los nacionales de países terceros en términos de acceso a los mercados de trabajo o de libre circulación en el seno de la Unión²⁸³. Recordemos que la Carta no modifica las competencias de la Unión; por el contrario, los derechos reconocidos en ésta se someten a los límites de los Tratados

280 En relación con el reconocimiento de cualificaciones profesionales obtenidas en varios Estados miembros.

281 Forma parte de la Política Social (Título X de la Parte 3ª del TFUE – arts. 151 a 161-), respecto de la cual la Unión apoya y completa la acción de los Estados miembros en los ámbitos listados en el art. 153.19.

282 Article 19 – Droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance. En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance sur le territoire de toute autre Partie contractante, les Parties contractantes s'engagent:

(...) 4.- à garantir à ces travailleurs se trouvant légalement sur leur territoire, pour autant que ces matières sont régies par la législation ou la réglementation ou sont soumises au contrôle des autorités administratives, un traitement non moins favorable qu'à leurs nationaux en ce qui concerne les matières suivantes:

a.- la rémunération et les autres conditions d'emploi et de travail;

b.- l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives;

c.- le logement;

283 Téngase en cuenta la Directiva 2003/109 que establece el estatuto de los nacionales de países terceros residentes de larga duración, en el que se delimitan las situaciones de libre circulación de tales residentes entre Estados miembros de la UE.

(art. 51.2).

Es más, si analizamos detenidamente este art.15.3, podemos observar cómo la equiparación con trabajadores ciudadanos de la Unión se hace en términos de “equivalencia” y no de “igualdad”. Cuestión distinta es que en otros preceptos de la Carta algunas condiciones de trabajo hallen específica protección y que ésta se dispense sin diferenciación. Así, la garantía del derecho a la información y consulta (art. 27), la negociación colectiva (art. 28), la protección en caso de despido injustificado (art. 30), las condiciones de trabajo que respeten la salud, seguridad y dignidad (art. 31.1), la limitación de duración máxima del trabajo y los periodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2), etc.

En efecto, el derecho de acceso al empleo se presenta con frecuencia en el marco de la denuncia de conductas discriminatorias.

Tal es el caso en algunos de los asuntos que recientemente el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de analizar.

En particular, remito al lector al análisis de las sentencias siguientes:

- STJUE de 23 abril 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18, sobre el ámbito material de la Directiva 2000/78 y el concepto de “condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional” (art. 3.1 a) de la Directiva)
- STJUE de 12 de enero de 2023, TP, C-356/21, igualmente sobre el ámbito material de la Directiva 2000/78 y, en concreto, sobre el alcance de la noción “condiciones de acceso al empleo” en relación con las características de la prestación y la delimitación de las actividades por cuenta propia y el concepto de “ejercicio profesional”.
- STJUE de 7 diciembre 2023, Assistenzprofis, C-518/22, relativa a los criterios de selección y la limitación de la contratación que pueden estar amparados en la excepción establecida en el art. 2.5 de la Directiva 2000/78.

La protección de los derechos de seguridad social en la carta social europea revisada. Una lectura sobre la edad de jubilación y la posible discriminación respecto a las mujeres

MIGUEL ARENAS GÓMEZ.

Abogado laboralista.

Profesor Asociado DTySS UAB.

Resumen:

El establecimiento de una doble edad de jubilación ordinaria en nuestro sistema de jubilación nacional es contrario a normativa internacional, pero muy especialmente vulnera lo dispuesto en el artículo 12 CSE Revisada en cuanto al derecho a la Seguridad Social. También es discriminatoria esa doble edad respecto a las mujeres, provocando una discriminación indirecta respecto a ellas que dificulta, cuando no imposibilita, el acceso a la jubilación ordinaria, pero también a otras modalidades de jubilación.

Ponencia a la que va dirigida la presente comunicación: Protecció dels drets de les persones treballadores pel Comitè Europeu de Drets Socials / Protección de los derechos de las personas trabajadoras por el Comité Europeo de Derechos Sociales Ponente: Carmen Salcedo Beltran. Membre CEDS. Professora TU (acred. Catedrática) Dret Treball y SS (Universitat de València)

Índice:

1. Motivación de la comunicación. La creciente importancia de la normativa internacional en el ordenamiento jurídico nacional.
2. Normativa internacional en materia de Seguridad Social que afecta a España. En concreto, la CSE Rev. y, por extensión, el Código Europeo de Seguridad Social.
3. La edad de jubilación en la normativa nacional.
4. El incremento de la edad de jubilación más allá de los 65 años es contrario a diversa normativa internacional.

5. Discriminación indirecta respecto a las mujeres.
6. A modo de conclusión ¿Aplicación directa del CES Rev. y del CESS? Posibles vías de reclamación.

1. Motivación de la comunicación. La creciente importancia de la normativa internacional en el ordenamiento jurídico nacional

Sin duda, el debate sobre la aplicación de la normativa internacional en el ámbito de las relaciones laborales en España ha adquirido en la última década una importancia que, yo entre ellos, muchos operadores jurídicos no supimos ver venir. Basta, por ejemplo, con algunos de los pronunciamientos del TJUE en este último ejercicio 2024 para darse cuenta de ello y de la indudable repercusión en nuestro ordenamiento jurídico que está suponiendo. Así podríamos citar la sentencia sobre Ca Na Negreta y la discriminación por razón de discapacidad del actual artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores y el derecho del trabajador a que se realicen ajustes razonables²⁸⁴, o la eterna discusión sobre la naturaleza del personal laboral en la Administración Pública cuando concurre abuso en la temporalidad ¿"indefinidos no fijos" o "fijos"?²⁸⁵, cuestión que ha llevado, a pesar de los diversos pronunciamientos al respecto por el TJUE, a que la propia Sala Social del Tribunal Supremo haya dictado un Auto de 30 de mayo de 2024 (rec.5544/2023)²⁸⁶ planteando cuestión prejudicial ante aquel, y pidiendo, no solo ya respuesta con las nuevas cuestiones prejudiciales, sino incluso que la tramitación sea por el procedimiento acelerado de la petición, o en su caso, tratamiento prioritario, evidentemente, teniendo en cuenta la repercusión de dicha decisión en miles de trabajadores públicos afectados por la futura decisión.

Pero fuera del ámbito de la normativa emanada de la Unión Europea, y en referencia a los Convenios dictados por la OIT, también se ha planteado por nuestros tribunales de justicia la aplicación, incluso directa de esas normas. Es un buen ejemplo la decisión del TSJ Illes Balears, en Sentencia de fecha 13/02/2023, en que declara la improcedencia de un despido disciplinario ante la falta de audiencia al demandado respecto a los hechos imputados, por comportar un incumplimiento manifiesto del trámite previsto en el artículo 7 del Convenio

284 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 18 de enero de 2024 (Caso Ca Na Negreta, C-631/22) sobre la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente en España.

285 ["INF y el gato de Schrödinger"](#), como señala en su Blog el Catedrático Ignasi Beltrán, "...parece que se ha creado la versión "laboral" del conocido "Gato de Schrödinger".

286 Viernes, 31 de mayo de 2024 ["El Tribunal Supremo pregunta al TJUE sobre la situación de los empleados públicos con temporalidad abusiva"](#). Nota informativa de la Sala Cuarta. Auto: Comunicación Poder Judicial.

OIT 158²⁸⁷.

No puedo pasar tampoco por alto algunas resoluciones dictadas por el TEDH en que ha determinado claramente la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en concreto del artículo 1 del Protocolo ante la expectativa de derecho a percibir la pensión de viudedad de las parejas de hecho no registradas en que el fallecimiento fue anterior a la STC 40/2014 que estableció la obligatoriedad del registro formal²⁸⁸. O incluso, recientemente, la asunción por parte del TS de la doctrina emanada de la sentencia del TEDH de 26 de abril de 2018, asunto Cakarevic v. Croacia), en que, como indica el Catedrático, Juan B. Vivero Serrano, "...el Tribunal Supremo por partida doble (...) pone encima de la mesa de oficio un debate jurídico distinto, el del contraste entre la normativa legal española sobre el reintegro de prestaciones de seguridad social indebidamente percibidas por error de la Administración y el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa en la interpretación auténtica del TEDH"²⁸⁹, resolviendo el Alto Tribunal a favor de la normativa de carácter internacional, dejando sin aplicación el art. 53 de la Ley General de la Seguridad Social.

Y ya a otro nivel de creación de la normativa internacional, pero no menos importante, he de mencionar la Carta Social Europea Revisada, objeto de una de las ponencias de las XXXIV Jornades Catalanes de Dret Social, y en concreto de la profesora Carmen Salcedo Beltran, con el título "*Protección de los derechos de las personas trabajadoras por el Comité Europeo de Derechos Sociales*", organismo del que, por cierto, es miembro. Pues bien, sin entrar ahora en polémicas sobre el control de convencionalidad que han de efectuar jueces y magistrados de la CSE Revisada, ni tampoco sobre el alcance de las Decisiones sobre el fondo que dicta el CEDS en respuesta a los procedimientos sobre reclamaciones colectivas, no podemos obviar que nuestro Tribunal Supremo ha hecho ya referencia directa a la Carta Social Europea, como justificación de alguna sentencia. Al respecto en Sentencia de la Sala Social de fecha 19/09/2023²⁹⁰, anuda, como efecto de nulidad de la extinción de la relación laboral de internos en establecimientos penitenciarios, el derecho a percibir una Indemnización por daños y perjuicios, que, de forma analógica a los efectos de un despido improcedente, hace coincidir con el equivalente a los salarios dejados de percibir. Y, aunque la fundamentación jurídica es esencialmente de carácter constitucional, el ponente recuerda que la Carta Social Europea (art. 24.b) proclama "el derecho de los trabajadores despedidos

287 Roj: STSJ BAL 237/2023 - ECLI:ES:TSJBAL:2023:237.

288 Eduardo Rojo, en entrada de 20 de abril de 2024, en su blog, señalaba, con un sugerente título "La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social (IV)".

289 "Jaque mate al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por error de la Administración. El control de convencionalidad a cargo del Tribunal Supremo". Brief AEDTSS 14/05/2024.

290 STS 3810/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3810.

sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada". Aunque, por cierto, nos recuerda previamente que dicha previsión es muy parecida a la establecida en el art. 10 Convenio OIT 158.

Sin duda, tras el gran impacto mediático y el debate suscitado ante la reciente Decisión del CEDS concluyendo que la legislación española no cumple con el artículo 24 de la CSE Revisada, que garantiza el derecho de los trabajadores a una protección adecuada en caso de despido, parece ser dará lugar a una reforma del sistema de despido y cuantificación de la indemnización en nuestro país²⁹¹, creo que podemos afirmar que la CSE Revisada es un auténtico eje protector de los derechos sociales en general, y de los laborales en particular.

Son más que suficientes los ejemplos anteriores para comprobar la creciente importancia de la normativa internacional, independientemente de su fuente generadora, como decía al principio, respecto a nuestra normativa laboral, pero también en materia de Seguridad Social. Afirmación que se refuerza, en tanto en cuanto, cuestiones como la parcialidad en las prestaciones de desempleo, jubilación e incapacidad permanente fueron declaradas discriminatorias de forma indirecta respecto a las mujeres por el TJUE, en doctrina que después asumió nuestro Tribunal Constitucional, por vulneración de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y han provocado incluso cambios legislativos²⁹². O hace poco, también precisamente respecto a aquella Directiva, pero en sentido contrario, el TJUE ha señalado la discriminación que respecto a los hombres ha supuesto el complemento de aportación demográfica del artículo 60 LGSS en su redacción original²⁹³.

O que decir de la esperada Decisión del CEDS sobre la activación del procedimiento de Reclamación colectiva efectuada por la Confederación Sindical ELA, que tiene como base la infracción del artículo 17.1.a) de la Carta Social Europea (revisada), así como de los artículos 12.3), 16, 27.1, 30 y el artículo E, por la insuficiencia del permiso de nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales, cuyo cuidado se limita a 16 semanas mientras que los menores de las familias biparentales se extienden hasta las 32 semanas²⁹⁴.

En fin, es evidente que las normas enumeradas, y muchas otras, han de orientar la normativa nacional en materia de Seguridad Social, y entre ellas, ya lo avanzo, la pensión

291 Así lo manifestó al menos en *El País* el actual Secretario de Estado de Empleo, Joaquín Pérez Rey.

292 Finalmente, en el RD Ley 2/2023 el legislador ha expulsado el Coeficiente Global de Parcialidad de nuestro ordenamiento y ha equiparado, al menos a efectos de cotización, a las trabajadoras a tiempo parcial con las que trabajan a tiempo completo.

293 Y seguramente el Complemento de Brecha de Género vaya a "sufrir" la misma suerte, por lo que de momento el TS ha decidido no pronunciarse. ATS, a 04 de abril de 2024 - ROJ: ATS 4364/2024.

294 Copia íntegra de la reclamación.

de jubilación.

Y es que, ahora si finalizo esta introducción, voy a centrar esta comunicación, primero en que la normativa internacional establece en 65 años la edad de jubilación, y en segundo lugar en la posible discriminación que supone establecer un doble tramo de edad de jubilación ordinaria en nuestra LGSS, ya que las mujeres tienen una dificultad de acceso a la pensión de jubilación, por muchos motivos, pero a los efectos que aquí interesan, porque se les exige un periodo de cotización excesiva e injustificadamente desproporcionado, y que comporta que su jubilación sea más tardía que la de los hombres. Y, entiendo que la normativa internacional ampara y defiende, por aplicación directa o porque ha de inspirar la legislación nacional, que no pueden coexistir dos edades ordinarias de jubilación diferentes en función del tiempo de cotización por su evidente efecto discriminatorio respecto al colectivo femenino.

2. Normativa internacional en materia de Seguridad Social que afecta a España. En concreto, la CSE Rev. y, por extensión, el Código Europeo de Seguridad Social

Aunque de forma poco sistemática, ya en el punto anterior se ha nombrado normativa internacional de aplicación en nuestro país en el ámbito de las relaciones laborales. Toca ahora sistematizar qué normas y de qué organismos afectan a España en materia de Seguridad Social.

2. 1. El derecho a la seguridad social en la UE

Si bien la Unión Europea (UE) reconoce la importancia de la seguridad social, no existe un sistema unificado y común en este ámbito a nivel normativo, que no pone esfuerzo en redactar un catálogo de derechos de Seguridad Social común a todos los Estados Miembros, sino que se enfoca principalmente en coordinar los sistemas nacionales que permitan no perder derechos en caso de desplazamiento, siendo el objetivo principal de estas normas de coordinación garantizar la libre circulación de trabajadores dentro de la UE²⁹⁵, pero respetando el marco de prestaciones en materia de pensiones, subsidios, etc. propio de cada país. Así, aunque últimamente sí se han dictado Directivas que inciden seriamente en materia de Seguridad Social, aunque no exclusivamente, como la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida

²⁹⁵ Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. Mención especial, merece la Directiva 7/79/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, pero que tampoco establece un catálogo de prestaciones unitario en el ámbito europeo, sino que incide en la necesaria erradicación de cualquier discriminación por razón de género en su aplicación.

Así si bien podemos hablar de la existencia de un auténtico “Pilar Europeo de Derechos Sociales”²⁹⁶, parece que puede afirmarse que, de la UE, solo nos podemos atener a su carácter programático, dada la escasa incidencia real de la normativa emanada de la UE en materia específica de Seguridad Social. En fin, con contundencia, afirma Monereo que “... interesa subrayar que cuando se hace referencia al Derecho Comunitario de la Seguridad Social, y a pesar de la retórica insistencia sobre el «modelo social europeo», en el que la garantía de los derechos de Seguridad Social ocupa una posición particular (aunque cada vez más incierta), no existe un régimen unificado y común de Seguridad Social en el plano sustancial o material”²⁹⁷.

2. 2. Convenios OIT

En otro orden de cuestiones, en materia de seguridad social, si existe un acervo normativo de carácter internacional, vinculante para nuestro país, que son sin duda los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, al menos los ratificados por España, total o parcialmente, lo que les otorga valor de tratado internacional, y su plena aplicabilidad a la luz de nuestra Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Y es que, son diversos los Convenios OIT que afectan directamente a las prestaciones y sistemas de Seguridad Social. A los efectos de esta comunicación, ya advierto que nos interesan destacar el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), el Convenio OIT nº 128, Convenio relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; la Recomendación R043, sobre los principios generales del seguro de invalidez, vejez y muerte y la Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162).

Aquí sí, los indicados convenios establecen verdaderas obligaciones en materia de prestaciones de Seguridad Social respecto a los países miembros de la OIT que han

²⁹⁶ Tomás Mallén, B. (2023). El impacto del pilar europeo de derechos sociales en la legislación española. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1-24.

²⁹⁷ Monereo Pérez, José Luis. “La garantía de los derechos de seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de Crisis”. Edición, Ediciones Laborum S.L., 2021. ISBN edición digital: 978-84-17789-79-4.

ratificado aquellos convenios.

2. 3. Carta Social Europea Revisada y, por extensión, el Código Europeo de Seguridad Social

Pero sin duda, si hay una norma internacional ratificada por España, y de plena aplicación en nuestro sistema de Seguridad Social, es la CSE Revisada, como afirma Monereo, “el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada pretende “garantizar” el derecho a la Seguridad Social como derecho social fundamental, no simplemente “declarar”. Su lógica es, así, la propia del garantismo jurídico, otorgando plena garantía jurídico-institucional y exigibilidad y “justiciabilidad”. Este artículo 12 impone a los Estados Parte obligaciones jurídicas positivas de actuación. Dota a los derechos de seguridad social de un contenido mínimo esencial que remite al Sistema Internacional Garantista Multinivel de los Derechos Humanos”²⁹⁸.

Y es que la denominada Constitución Social Europea²⁹⁹, en su catálogo de derechos, específicamente en materia de Seguridad Social, en su artículo 12 obliga, y lo subrayo, para garantizar el ejercicio efectivo del mismo, a 1) establecer o mantener un régimen de seguridad social, 2) a mantener un nivel satisfactorio de seguridad social, el cual debe ser, como mínimo, equivalente al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social, 3) a mejorar -esforzarse, dice literalmente- progresivamente el nivel de protección social. E incluso, con cierto espíritu parecido al de la UE, establece la igualdad de trato entre nacionales de las Partes y la protección cuando se desplazan entre territorios.

Sin duda, debe efectuarse la interpretación sobre el derecho a la seguridad social en la CSE Revisada sin olvidar otros preceptos muy vinculados al mismo, como pueden ser los artículos 13 y 14, asistencia social y médica y beneficios de los servicios sociales, o el artículo 15, derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, o el propio artículo 23 que establece el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social.

Y llegados a este punto, hemos de poner de relieve que, siendo muy desconocido en nuestro país, cuando el art. 12.2 CSE Revisada señala que la obligación como Estado Parte “a mantener un nivel satisfactorio de seguridad social, el cual debe ser, como mínimo,

²⁹⁸ Nuevamente: Monereo Pérez, José Luis. “La garantía de los derechos de seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de Crisis”. Edición, Ediciones Laborum S.L., 2021. ISBN edición digital: 978-84-17789-79-4.

²⁹⁹ Arenas Ramiro, M. (2020). La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(1), 261–291. Afirma que un “instrumento fundamental y específico, por excelencia, de reconocimiento y protección de los derechos sociales es la Carta Social Europea (CSE)”.

equivalente al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social”, resulta que no es ya solo que estemos obligados por esta vía, es que en España ya entró en vigor el 9 de marzo de 1995, por haber sido ratificado por España, incluso en las partes optativas -salvo error mío, la única parte no ratificada es la relativa a prestaciones familiares-. Y, a los efectos de defensa de una edad de jubilación establecida para todos los ciudadanos en 65 años, es relevante dicha ratificación del Código Europeo de Seguridad Social, si se me permite la expresión, de carácter doble, como luego analizaremos.

3. La edad de jubilación en la normativa nacional

Antes de abordar brevemente la edad de jubilación en nuestra norma de seguridad social no puedo pasar por alto que me ha sorprendido recientemente que se haya hecho público el estudio de FEDEA en que, sin obviar que incrementar la edad de jubilación es un beneficio en términos económicos para el sistema público de pensiones, sin embargo, ese tipo de reformas conducen a una mortalidad temprana, es decir, reducen la expectativa de vida³⁰⁰. Una dura afirmación que creo ha de llevarnos a reflexionar muy seriamente, además de por el efecto discriminatorio que desarrollaré sobre la actual edad de jubilación en España, por el impacto directo en la esperanza de vida.

Y es que, el actual artículo 205.1 a) LGSS 2015 establece, en reforma que trae su causa de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social³⁰¹ que la edad ordinaria de jubilación puede ser doble. A saber:

- 65 años de edad, cuando se acrediten al menos 38 años y 6 meses de cotización efectiva.
- 67 años de edad para quien acredite una cotización efectiva inferior a 38 años y 6 meses.

A estos efectos hay que tener en cuenta que nos encontramos aún en el periodo transitorio que establece la DT 7ª LGSS, por lo que hasta el año 2027 no se aplicará la edad de 67 años, siendo en el 2024 dicha edad la de 66 años y 6 meses, y la cotización efectiva que se ha de acreditar, para que la jubilación ordinaria sea con 65 años es al menos de 38 años.

300 Acceso al [estudio en la web de Fedea](#).

301 Por cierto, justificando muy escasamente la decisión en la exposición de motivos, más allá de una escueta referencia al incremento de la esperanza de vida, pero sin aportar datos demográficos, o que “países de nuestro entorno”, sin indicar cuales, han tomado la misma decisión.

No debe dejarse de tener en cuenta que la edad ordinaria de jubilación también influye en las diferentes edades de jubilación anticipada, al menos con respecto a las modalidades forzosa (art. 207 LGSS) y voluntaria (art 208 LGSS), así y como en el acceso a la modalidad parcial (art. 215 LGSS), lo que comporta que, si la edad de referencia para el beneficiario es la de 67 años por insuficiencia de cotización, también se incrementará la edad de acceso a la jubilación anticipada o parcial. Así, por ejemplo, a quien accede a la modalidad de jubilación anticipada voluntaria con 35 años justos de cotización, a partir de 2027, no podrá acceder a dicha situación hasta que, precisamente, no haya cumplido al menos 65 años -y con un descuento de pensión del coeficiente calculado sobre un adelanto de 24 meses -.

Es más, seguramente el legislador fue muy consciente de la grave decisión adoptada respecto al incremento de la edad ordinaria de jubilación hasta los 67 años, ya que en referencia a la pensión de jubilación no contributiva ha mantenido como edad de acceso los 65 años³⁰².

Expuesta la doble edad ordinaria de jubilación, y el artículo que lo establece en cuestión, nos encontramos con una norma aparentemente neutra, en la que el único dato objetivo que permite la jubilación con una u otra edad es la "carrera de cotización". Pero entendemos que realmente no es una norma neutra, o al menos solo lo es en apariencia.

4. El incremento de la edad de jubilación más allá de los 65 años es contrario a diversa normativa internacional

Afirmo, desde este momento, y en función de la normativa internacional ya descrita anteriormente, pero que ahora analizamos con algo más de profundidad, que incrementar la edad de jubilación más allá de los 65 años es contrario a diversa normativa internacional. A título de ejemplo:

1) En primer lugar, el Código Europeo de Seguridad Social, recordemos que como Tratado Internacional es de obligado cumplimiento por España por haber sido ratificado directamente, pero también por ser el estándar de protección mínima – “nivel satisfactorio”, dice- del art. 12.2 CSE Revisada. Señala en la Parte V en sede de protección de la "vejez", en referencia a que “la contingencia cubierta es la supervivencia más allá de una edad prescrita”, y estableciendo muy claramente en el artículo 25 que toda Parte Contratante “deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, con arreglo a los artículos siguientes”, y que, sin ningún género de dudas, "la edad prescrita no

302 Art. 369.1 LGSS 2015.

deberá exceder de 65 años" (art. 26.2).

No obstante, es cierto que posteriormente añade el segundo párrafo del art. 26.2 que "sin embargo, podrá prescribirse una edad superior a condición de que el número de residentes que hayan cumplido dicha edad no sea inferior al 10 por 100 del número total de residentes de más de 15 años que no la hayan cumplido". Pero ya indicaba anteriormente que la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011 no realizó ninguna explicación plausible con respecto al incremento de la edad ordinaria de jubilación, ni aportó dato demográfico alguno al respecto, ni tan siquiera indicó estudio que acreditase la necesidad de incrementar la edad de jubilación. Pero lo que seguro no hizo es referenciar normativa internacional que sustentase dicha decisión de incremento, porque ni existe, y antes al contrario no ampara, sino que censura el aumento de la edad de jubilación.

Y, por otra parte, de existir la justificación demográfica del incremento de la edad de jubilación a una superior, lo que sería "admisible" es que fuese la misma edad de referencia para toda la población, no solo para los que acrediten una cotización mayor, que como más adelante razonaremos, solo beneficia al colectivo de hombres – con mayores carreras de cotización – y discrimina, al menos de forma indirecta a las mujeres, a las que "condena" a jubilarse más tarde debido a sus inferior cotización efectiva. Doble escala de jubilación que se nos presenta, en consecuencia, como injusta y discriminatoria.

2) También en sede de "vejez", y aunque no han sido ratificados íntegramente por España, el Convenio OIT sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)³⁰³ y también en su artículo 26.2, señala en términos parecidos al Código Europeo que "la edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate". Y en sede de OIT, el Convenio OIT nº 128³⁰⁴, Convenio relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, establece en su artículo 15.2, en sede de "prestaciones por vejez" que "la edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años, pero una edad más elevada podrá ser prescrita por la autoridad competente, habida cuenta de criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos".

Iguales razonamientos se aplican a lo que ya hemos expuesto respecto al Código Europeo de Seguridad Social, ante las mismas y coincidentes redacciones de las normas expuestas,

303 España solo ha ratificado las Partes II-IV y VI.

304 España no ha ratificado Parte alguna del mismo. Aunque en los últimos meses se están ratificando diversos Convenios OIT, también antiguos -Seguridad y Salud en la Construcción, por ejemplo-, por lo que no es descartable que sean ratificados en un futuro próximo.

reseñando, que el legislador nacional, en la Ley 27/2011 no indicó en ningún momento los "criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos" que permitiesen incrementar la edad ordinaria de jubilación. Y, personalmente, creo que 13 años después, siguen sin existir.

3) No puedo dejar de mencionar la Recomendación R043, sobre los principios generales del seguro de invalidez, vejez y muerte, que llegó a establecer en su artículo 11 "Se recomienda que, tan pronto lo permita la situación demográfica, económica y financiera del país, o si fuere necesario, por etapas, los regímenes que fijen en más de sesenta años cumplidos la edad de retiro la reduzcan a sesenta años, a fin de aligerar el mercado de trabajo y garantizar el descanso de los trabajadores ancianos". Desafortunadamente dicha Recomendación fue Retirada por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 92.a reunión (2004)].

4) E incluso existe la Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162), que de alguna forma -aunque es cierto que fomenta el trabajo más allá de la edad de jubilación de los trabajadores "aptos"- fomenta la jubilación incluso antes de la edad ordinaria de jubilación cuando "los trabajadores de edad que hayan estado desempleados durante un año como mínimo deberían poder acogerse a una prestación de retiro anticipado durante un período prescrito anterior a la fecha en que alcancen la edad normal de admisión a la prestación de vejez" o que "deberían poder acogerse a una prestación de vejez anticipada durante un período prescrito anterior a la fecha en que alcancen la edad normal de admisión a la prestación de vejez, a reserva de las deducciones en el monto de la prestación periódica que les hubiera correspondido a dicha edad".

Examinada la normativa expuesta son evidentes, a mi modo de ver, las siguientes cuestiones:

- La norma internacional prescribe los 65 años como edad ordinaria de jubilación.
- Deben existir mecanismos que permitan anticipar aquella edad ordinaria.

Entonces, la decisión del legislador estatal que incrementa la edad ordinaria de jubilación es contraria a lo establecido en la normativa internacional examinada, a expensas de que existiesen cuestiones demográficas que justificasen una edad superior a 65 años, pero en modo alguno, la "doble escala" realizada por nuestro legislador, ante la claridad de la exposición del Código Europeo de Seguridad Social.

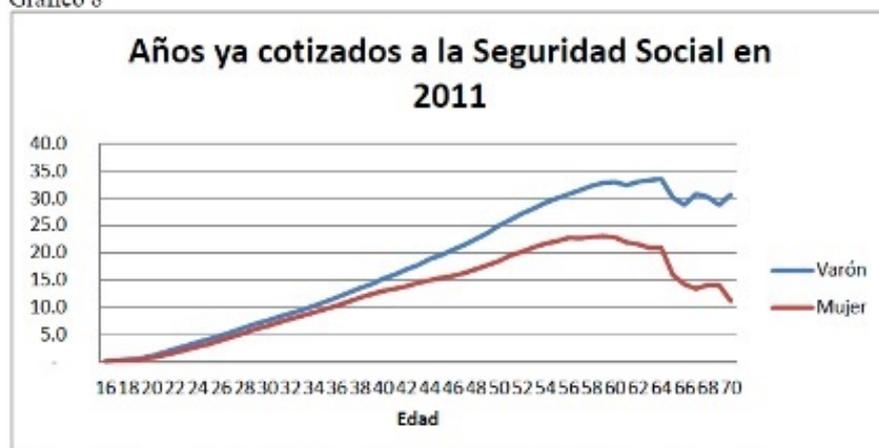
5. Discriminación indirecta respecto a las mujeres

El problema mayor es que la elevación de la edad de jubilación, junto con el establecimiento de dos diferentes edades de acceso a la misma justificado por la menor o mayor carrera de cotización del trabajador es discriminatorio con respecto al colectivo de mujeres. Me explico a continuación.

La obligación de acreditar 38 años y 6 meses de cotización efectiva entendemos que pone de relieve la existencia de una situación de discriminación por razón de género en el acceso a la jubilación ordinaria (aunque es extensible a la anticipada en cualquiera de sus modalidades) porque el total de años cotizados que se exige no puede ser alcanzado generalmente por las mujeres que acreditan carreras de cotización inferiores a la de los hombres.

Y es que el establecimiento de dos edades de acceso a la jubilación ordinaria en función de la carrera de cotización permite el acceso “privilegiado” a los 65 años para carreras de cotización de 38 años y 6 meses y de 67 años para las inferiores (66 años y 6 meses en el 2024), lo que supone privilegiar al hombre con respecto a la mujer en el acceso más temprano a la jubilación, o, dicho de otro modo, discriminar a las mujeres. Es difícil obtener datos sobre la carrera de cotización media de hombres y mujeres, pero es muy claro que, por dificultad de acceso y de permanencia en el mercado laboral, las mujeres cotizan mucho menos que los hombres. Y aunque es difícil encontrar datos oficiales, me he quejado precisamente de la falta de justificación de la EM de la Ley 27/2011, un estudio de aquel momento³⁰⁵, nos ofrece algunos datos que apoyan nuestro razonamiento:

Gráfico 8



Fuente: Elaboración a partir de la Muestra Continua de Vidas Laborales 2011

305 Presupuesto y Gasto Público 68/2012: 141-156 Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos 2012, Instituto de Estudios Fiscales.

La brecha es más que patente (el hombre en el punto más álgido llega a casi 35 años de cotización, la mujer apenas a 24 años). Y la conclusión es obvia, a la edad ordinaria con 65 años accederán con carácter general solo los hombres, y las mujeres accederán con 67 años. E igual repercusión y efecto discriminatorio se producirán, como ya decíamos, respecto a la jubilación anticipada o parcial, en que las mujeres acceden, de hecho, ya es así desde hace años, con mayor edad que los hombres -e incluso en muchas ocasiones ni tan siquiera pueden acceder a la jubilación anticipada por no acreditar el mínimo de cotización de 33 o 35 años exigible-.

Otro dato importante es que, de los 6.493.622 pensionistas por jubilación a fecha 01/08/2024³⁰⁶ del país, los hombres son 3.821.555 (un 58,85% del total), mientras que las mujeres son 2.672.046, es decir, un 41,15%. Es patente que, en un mercado de trabajo, al menos en número de trabajadores/trabajadoras paritario, sin embargo, el acceso a la pensión de jubilación sigue siendo más difícil para el colectivo femenino, como creo que este dato acredita claramente.

Al margen dejaremos, eso da para otra comunicación, que la pensión media de jubilación del hombre es de 1.656,14 €/mes y de la mujer de 1.141,27 €/mes, o sea, más de 500 € mensuales a favor de ellos, aunque profundiza en la discriminación femenina patente en nuestro sistema de Seguridad Social.

Y es que las carreras de cotización menores de las mujeres son el fruto de la precariedad laboral -más marcada para ellas-, la temporalidad, la "expulsión" del mercado laboral como consecuencia de los llamados "trabajos de atención de sus familiares" o la imposibilidad real de conciliar trabajo y familia, si no es con reducciones de jornadas, excedencias y, en muchísimas ocasiones renunciando a trabajar.

Llegados a este punto, y aunque no hemos encontrado norma dentro del ámbito de la UE que permita establecer la edad de jubilación en 65 años, si hemos de invocar la Directiva 7/79/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, de la que queremos poner de manifiesto dos aspectos:

- Establece como discriminación indirecta la causada cuando una norma, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un determinado sexo en una desventaja particular con respecto a otras personas salvo que dicha norma, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los

306 Pensiones contributivas en vigor.

medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

- Su artículo 4.1 señala que "El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a... el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos".

Pues bien, si el establecimiento de dos edades ordinarias de jubilación diferentes según la cotización del beneficiario -norma neutra que establece una condición de acceso al derecho más favorable a unos ciudadanos que a otros- se basa en una cuestión que es la mayor dificultad de las mujeres para completar la cotización necesaria para acceder con 65 años a la pensión de jubilación, nos encontramos ante una norma que supone una discriminación indirecta respecto a las mujeres que muy difícilmente podrán jubilarse con la misma edad que los hombres.

La cuestión guarda grandes paralelismos a la abordada por el TJUE en el caso "Elbal Moreno"³⁰⁷, en el que ya se determinó que una de las condiciones de acceso a la jubilación -cotización mínima de 15 años- en el caso de las trabajadoras a tiempo parcial -en más del 80% mujeres en nuestro país- suponía la vulneración del art. 4 de la Directiva 7/79, señalando la sentencia del TJUE que "el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada".

6. A modo de conclusión ¿Aplicación directa del CES Rev. y del CESS? Posibles vías de reclamación

La respuesta a lo expuesto es evidente, debería ser en primer lugar legislativa³⁰⁸. Los compromisos de nuestro Gobierno con el cumplimiento de la CSE Revisada, y con el Código Europeo de Seguridad Social, como extensión de aquella, evidencian que, si queremos

³⁰⁷ [STJUE ECLI:EU:C:2012:746](#). La trabajadora de la limpieza, a tiempo parcial, debía trabajar 100 años para acreditar 15 de cotización.

³⁰⁸ Sin perder de vista que la aplicación de la LO 3/2007 y la Ley 15/2022 deberían reforzar la erradicación de la discriminación que denuncio.

cumplir con nuestras obligaciones, o justificamos con “criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos” por qué se ha de mantener en 67 años la edad de jubilación ordinaria, con el importante aviso de FEDEA sobre el incremento de la mortalidad si se aumenta la edad de jubilación, o quizás deban plantearse ambas cuestiones ante la jurisdicción, bien a nivel individual ante los juzgados y tribunales del orden social, en alegación del control de convencionalidad y aplicación directa de la normativa expuesta, o bien por el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE ante la posible vulneración de la Directiva 7/79/CEE, o bien, y esta me parece las más plausible de las tres alternativas propuestas, con activación de los procedimientos de supervisión del Comité Europeo de Derechos Sociales del cumplimiento de la CSE Rev, y principalmente el de Reclamación Colectiva, a través de algunos de los operadores con legitimación al respecto, y muy especialmente los sindicatos representativos, ya que la Decisión de Fondo que se adoptase por el CEDS sería de obligado cumplimiento -vinculante- para todos los Poderes Públicos, como ha señalado reiteradamente Luis Jimena Quesada³⁰⁹, a la luz de otras Decisiones de Fondo ya dictadas recientemente.

En fin, una excelente oportunidad para dejar muy claro el carácter social, progresista y protector de la Carta Social Europea, también en materia de Seguridad Social, así como su aplicación directa del, espero de desde esta comunicación, aún poco conocido Código Europeo de Seguridad Social, como reflejo del Convenio OIT de norma mínima de Seguridad Social, pero muy especialmente como extensión de los derechos de la CSE Revisada.

309 En Iustel, “Cumplir con la indemnización por despido improcedente”; por Luis Jimena Quesada, catedrático de Derecho Constitucional”, ISSN 2254-1438. 30/08/2024. Explica breve y contundentemente, porque “...el cumplimiento efectivo de la decisión del CEDS es obligado e insoslayable”.

docs

