

# **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS EN LA RELACIÓN LABORAL INDIVIDUAL: ¿NECESIDAD DE UNA REFORMULACIÓN?**

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.- LA NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS: DIFICULTADES DE IDENTIFICACIÓN. III. EL DÉFICIT DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS INESPECÍFICOS EN EL ÁMBITO LABORAL. III.- EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO: A) EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS POSITIVOS DE ACCIÓN; B) EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS NEGATIVOS DE INMUNIDAD. IV.- TÉCNICAS JURÍDICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y LA LIBERTAD DE EMPRESA (CLAROSCUROS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL) : A) JUICIO DE PONDERACIÓN; B) ACOMODACIÓN RAZONABLE; C) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, D) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES. V.- LA DESIGUAL RELEVANCIA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES PARA DETERMINADAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES EN EL MERCADO DE TRABAJO. VI.- LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS A PARTIR DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD.**

José Luis Goñi Sein  
Catedrático de Derecho del Trabajo  
Universidad Pública de Navarra

## I. INTRODUCCIÓN

Se reconoce, hoy, abiertamente, una amplia operatividad a los derechos fundamentales individuales en la regulación del valor trabajo, debido a la progresiva retirada y a las menores garantías ofrecidas por los procedimientos tradicionales de definición de las normas de la relación de trabajo<sup>1</sup>. En un mundo global en que “la potencia de la economía y de la técnica han borrado los confines”<sup>2</sup> territoriales y personales, el núcleo constituido por los derechos fundamentales es considerado como el verdadero orden de referencia, la única estructura estable de ordenación de las relaciones de trabajo. El recurso a los derechos fundamentales representa el baluarte más firme contra la tiranía de la economía y los riesgos de la ciencia y de la tecnología, así como contra la degradación de las condiciones de trabajo y las desigualdades.

El renacimiento de los derechos fundamentales se explica por diversos factores, se debe en parte al referido fenómeno de la globalización, a unas nuevas formas de organización del trabajo, nuevos métodos e instrumentos de control, señaladamente de orden tecnológico, e incluso al “individualismo exacerbado propio del periodo contemporáneo”<sup>3</sup>, pero también encuentra justificación en las reformas estructurales y el impacto negativo que este proceso entraña para los trabajadores en términos de una mayor vulnerabilidad y de desprotección, así como en las dificultades evidentes para recomponer las relaciones de conflicto dominadas por una corriente de flexibilización en la utilización de la mano de obra y de centralización del poder de gestión de los recursos humanos.

Si por algo se caracteriza la evolución de las normas de relación de trabajo y de la organización del trabajo es por el progresivo debilitamiento de algunas de sus

---

<sup>1</sup> Sobre la crisis de los instrumentos tradicionales de regulación y la revaloración de los derechos fundamentales en la ordenación de las relaciones de trabajo, vid. TRUDEAU, G.: “Libertés individuelles et relations de travail: un point de vue canadien”, AA.VV (Dir. AUVERGNON, P.) *Libertés individuelle et relations de travail: le possible, le permis et l'interdit? Éléments de droit comparé*, Université Monstequieu- Bordeaux IV, Presses Universitaires de Bodeaux, 2011, pág. 266; AUVERGNON, P.: “Libertés individuelles et relations de travail: Quelques enseignements de la confrontation de droits” AA.VV (Dir. AUVERGNON, P.) *Libertés individuelle et relations de travail: le possible, le permis et l'interdit? Éléments de droit comparé*, Université Monstequieu- Bordeaux IV, Presses Universitaires de Bodeaux, 2011, pág. 42

<sup>2</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pág. 7.

<sup>3</sup> Cfr. TRUDEAU, G.: “Libertés individuelles et relations de travail: un point de vue canadien”, cit., pág. 266.

instituciones tutelares. Como confirmación de ello basta citar la orientación de las sucesivas reformas laborales señaladamente la de las Leyes 35/2010 y 3/2012, que han ido paulatinamente erosionando el estatus contractual y alterando el equilibrio y la dimensión bilateral de la relación laboral. Se ha producido un realojo del trabajo y de sus reglas “en la esfera de los intercambios mercantiles, como un hecho privado regulado contractual y organizativamente por el interés de la empresa y las reglas del mercado”<sup>4</sup>.

No obstante, y como contrapeso a la regresividad en las condiciones de vida y de trabajo y al debilitamiento de las instituciones nucleares del orden laboral, se ha consolidado la sujeción a las libertades y derechos individuales de las personas que aportan su fuerza de trabajo como modo de promover una regulación más equilibrada. Se ha otorgado a los derechos fundamentales un papel preponderante, sobre la base de que ellos encarnan “la tradicional e indispensable defensa contra todo poder opresivo”, presentándose como la única manera de contraponer a la nueva e invencible ley natural del mercado<sup>5</sup>, una composición más ajustada de los intereses en conflicto.

Con todo, la afirmación de los derechos fundamentales en la relación de trabajo es un asunto extremadamente espinoso porque alude a los derechos fundamentales como fuente de regulación de un sistema ocluso de organización privada. Expresa un problema de extensión o aplicabilidad de los derechos inalienables de la persona a las formas de desarrollo de la actividad laboral. Evoca unos principios de regla y lógica común que se interfieren en el gobierno particular de las relaciones de trabajo. En una lectura neutra o aséptica de la relación de trabajo, la proclamación de los derechos fundamentales vendría a resultar algo así como una idea “tendencialmente contraria a la noción misma de libertad”<sup>6</sup> porque pretende penetrar allí donde rigen las reglas de la autonomía contractual.

---

<sup>4</sup> Así. BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización del trabajo en la Reforma Laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 6, 2013, pág. 32, quien aborda con sentido profundamente crítico las consecuencias sociales de las nuevas políticas de austeridad impuestas por los poderes económicos con el pretexto de la crisis económica. Así también NOGUERA FERNÁNDEZ, A., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: “¿Democracia liberal sin derechos del trabajo? Las consecuencias de las leyes 35/2010 y 3/2012 sobre la ciudadanía”, AA. VV. (Coord. CARDONA, M. B. y BARONII, M. A.) *Ciudadanía y desarrollo*, Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 29 y ss.

<sup>5</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., pág. 7.

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, 3ª edic., Pamplona, 2008, pág. 157.

Desde el punto de vista de la razón de ser de tal reconocimiento, debe observarse, no obstante, que la pretensión no es la de limitar la libertad contractual de una de las partes. El alcance de la aplicabilidad es la de conjugar los intereses de los trabajadores en cuanto individuos o personas y el interés general de la empresa, y corregir los desequilibrios de poder contractual. El reconocimiento posee, en este sentido, un doble significado: de un lado, se dirige a reafirmar la aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales de la persona en situación de sujeción y, de otro, y en cuanto principios que también vinculan a la empresa, comporta la admisión de un cierto límite al ejercicio de supremacía del empresario.

Normalmente, el contraste entre las prerrogativas empresariales y los derechos fundamentales individuales de la persona tiende a situarse, de un modo lógico, en el ámbito de la relación contractual laboral. A dicha perspectiva conduce la consideración del principio de la autonomía contractual, que debe entenderse ejercitada desde el momento en que dos sujetos consienten en la relación de intercambio entre trabajo y salario. Es a consecuencia del contrato de trabajo como resulta posible el ejercicio del poder de dirección del empresario y como el trabajador pone en juego sus derechos fundamentales frente a la libre disposición del empresario. En el seno de la relación contractual laboral es donde adquieren plena efectividad las posiciones subjetivas de las partes.

No obstante, esta concepción objetiva del ejercicio de los derechos fundamentales, circunscrita al ámbito de la relación contractual de trabajo, no comprende todo el potencial de actuación de los derechos fundamentales en el propio mundo laboral<sup>7</sup>. Sin el contrato de trabajo también es posible la pervivencia de los derechos fundamentales. No puede desconocerse que la propia consideración de los derechos humanos, como valores universales de la persona, permite su aplicación fuera de la relación estrictamente asalariada. Los derechos fundamentales, en tanto que vinculados a la persona, despliegan su potencial en un abanico de situaciones. Son

---

<sup>7</sup> Como observa CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *Relaciones laborales*, nº 12 2004, pág.5, “la prestación de trabajo no absorbe la personalidad del trabajador, ni su vida, no ya privada sino personal; es solo una parte de su libertad que en modo alguno puede menoscabar la dignidad y el desarrollo de su personalidad”.

garantías para la autodeterminación que se desarrollan en “todas las etapas de la relación de empleo”<sup>8</sup>, y muy en particular, en los estadios previos a la creación de la relación contractual laboral, así como en cualquier otra relación o situación de subordinación no regida estrictamente por las reglas laborales. Los derechos fundamentales se alían –como ha escrito Ojeda Avilés- “con el contrato para organizar la convivencia en la empresa, pero tienen vida propia y acompañan al trabajador en todas las ocasiones incluso en aquellas en donde no existe el contrato, a manera de red de seguridad”<sup>9</sup>

En consecuencia, la concepción de los derechos fundamentales individuales, nacida en el contexto de un mercado de trabajo estructurado bajo formas prevalentes y estables de relación laboral, es posible que esté a punto de modificarse de forma sensible y, tal vez, de estar viviendo sus últimos momentos, “antes de adquirir el nuevo rostro que se considera más adecuado a la nueva realidad” de comienzos del siglo XXI<sup>10</sup>. El mercado de trabajo, animado por una desregulación constante y extrema, conoce variadas formas de expresión del trabajo dependiente, con características subjetivas y niveles de tutela muy desiguales. Múltiples formas atípicas de regulación han emergido hoy en el mercado de trabajo y el proceso no parece ni muchos menos acabado. Junto a un sector emblemático, establemente ocupado y protegido, se extiende cada vez más una zona gris integrada por los trabajadores ocupados en relaciones atípicas y flexibles, bien involuntariamente encajados en las más débiles estructuras normativas de trabajo, o bien sencillamente expulsados del ordenamiento laboral, pero sujetos al poder de organización del dador de trabajo, asumiendo en plenitud la noción de riesgo empresarial.

El reconocimiento de los derechos individuales tiene que tener también su reflejo en las nuevas realidades emergentes de relación profesional<sup>11</sup>. No debe ser la

---

<sup>8</sup> TRUDEAU, G.: “Libertés individuelles et relations de travail: un point de vue canadien”, cit., p. 266.

<sup>9</sup> OJEDA AVILÉS, A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, *Revista de Derecho Social*, nº 35, 2006, pág.15.

<sup>10</sup> Tomo en préstamo este circunloquio, utilizado en un contexto ajeno al aquí comentado, por GAETA, L.: “Los intentos de modificar el Estatuto de los Trabajadores (1970-1992)” en AA. VV. (Dir. CARINCI, F., DELL’OLIO, M., DE LUCA TAMAJO, R., LISO, F., MONTUSCHI, L., TOSI, P., TREU, T., VENEZIANI, B.: “El Estatuto de los Trabajadores Italiano veinte años después”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 559.

<sup>11</sup> STONE, K.: “Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i laboratorio nel nuovo mercato del lavoro”, *Rivista Italiana de Diritto del lavoro*, nº 4, 2005, pág. 415.

relación contractual la que designe el estatus de ciudadanía en la empresa sino el estado de sometimiento y control en el desarrollo de la prestación laboral lo que defina el estatuto jurídico del ciudadano. No puede identificarse los derechos fundamentales que configuran el contenido de ciudadanía solo con relación a los que gozan los trabajadores en una lógica contractual laboral. Se debe repensar la constitucionalización de los derechos fundamentales en clave subjetiva más que objetiva, de forma que se pueda dar cabida en la tutela ofrecida por los derechos fundamentales a esos otros sujetos que practican la sumisión económica y asunción del riesgo ajeno sin beneficiarse paralelamente de la tutela garantizada por el viejo sistema.

## II.- LA NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS LABORALES: DIFICULTADES DE IDENTIFICACIÓN

Al analizar el poder autónomo del empleador de determinar el contenido del contrato, no se puede prescindir del dato de que dicho poder forma parte del sistema gobernado por principios constitucionales<sup>12</sup> y en particular por los derechos fundamentales. La propia implicación de la persona en la relación de trabajo hizo pensar durante bastante tiempo que los poderes del empresario, señaladamente el de control, se hallaban exentos de los supremos límites constitucionales.

Sin embargo, en la jurisprudencia constitucional, maduró pronto la idea de vinculación del poder empresarial a los derechos fundamentales, llevando a cabo una operación de revisión radical de las líneas precedentes de interpretación judicial que consideraban la relación laboral como un ámbito, por esencia, privado, libremente construido por la exclusiva voluntad del empresario, sobre la libertad de organización y del poder de dirección y sustraído a los límites de los grandes derechos constitucionales. Con palabras que aún resuenan, el Tribunal Constitucional proclamó que la celebración de un contrato “no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano” (SSTC 120/1983, 88/1985).

---

<sup>12</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit., pág.53.

El reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo no solo sirvió para reafirmar los valores de libertad y dignidad del trabajador en un contexto de subordinación técnica y para rechazar que la empresa pueda ser dispensada de su constrictión mediante la aplicación solamente de las leyes laborales, sino para sancionar de forma inequívoca la idea de la eficacia inter-privatos de los derechos fundamentales<sup>13</sup> de la persona, en virtud del carácter indisponible de los derechos que le acompañan.

La doctrina científica ha acogido la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo con distintos conceptos unitarios. A ella se refiere con expresiones tales como “libertades individuales” (de larga tradición francesa<sup>14</sup>), “derechos fundamentales en su versión laboral”<sup>15</sup>, “bloque de constitucionalidad personal”<sup>16</sup>, o “ciudadanía en la empresa”<sup>17</sup>. Con todo, la expresión que ha cobrado mayor fortuna, es la de “derechos fundamentales inespecíficos laborales”, obra del maestro Palomeque<sup>18</sup>, que ha sido adoptada por la mayoría de la doctrina iuslaboralista y parte de la jurisprudencia; como lo atestiguan, al menos, las constantes referencias doctrinales y jurisprudenciales.

---

<sup>13</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO Y RAVO-FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, AA. VV. (Dir. SEMPERE, A.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 10.

<sup>14</sup> Empleado, entre otros, por AUVERGNON, P.: “Libertés individuelles et relations de travail: Quelques enseignements de la confrontation de droits”, op. cit. CARLYLE, TH.: “Les ‘vraies’ et les ‘fausses’ libertés du travailleur salarié. Reflexions à partir du droit français” AA.VV. (Dir. AUVERGNON, P.) *Libertés individuelle et relations de travail: le possible, le permis et l’interdit? Éléments de droit comparé*, Université Monstequieu- Bordeaux IV, Presses Universitaires de Bodeaux, 2011, pág. 42

<sup>15</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: “La Constitución como fuente de Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 35, 2006, págs. 11 y ss.

<sup>16</sup> Acuñado por OJEDA AVILÉS, A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en al empresa”, cit. pág. 11

<sup>17</sup> Hacen referencia a ella, entre otros: OJEDA AVILÉS, A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en al empresa”, cit. p. 11 y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, págs. 19 y ss.

<sup>18</sup> El origen de la construcción técnica se remonta -como indica el propio PALOMEQUE LÓPEZ, C.: “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, AA. VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MT y AS, Madrid, 2003, pp. 230- al prólogo del libro de ROJAS RIVERO, G. : *La libertad de expresión*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 7-9, donde utiliza por primera vez esta expresión. Posteriormente, es objeto de propuesta conceptual para el debate jurídico en PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución Español* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 31-34. Y ya, a partir de 1993, aparece de manera definitiva en las sucesivas ediciones de la obra conjunta de PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, y en algunos otros trabajos posteriores del autor.

La propuesta conceptual, claramente expresiva de la sujeción de la relación laboral a los derechos fundamentales, posee un significado técnico consolidado en la doctrina académica. Con ella se alude, empleando las palabras del propio autor, a los “derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”<sup>19</sup>.

Dicha construcción técnica parte de un esfuerzo de precisión conceptual, de separación de dos perfiles: uno, el específico, centrado en el ámbito contractual laboral y otro, el común o general, asentado en una dimensión universal y externa al contrato. El primero toma en consideración los “derechos específicamente laborales”, esto es, los atribuidos a los trabajadores asalariados en tanto que sujetos de una relación laboral (v. gr. derecho de huelga). En cambio, el segundo designa los derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales, susceptibles de ser ejercitados también por los sujetos en el ámbito de la relación laboral, sobre la base de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Partiendo de esta separación terminológica, una parte de la doctrina – recientemente, Gutiérrez Pérez<sup>20</sup> – ha trazado dos nociones distintas de derechos fundamentales en la relación laboral: una, la de “ciudadanía de empresa”, que supone aludir a los derechos que tienen los trabajadores con el específico objeto de garantizar a éstos la participación en la organización y gestión de la empresa, lo que cabe denominar como democracia industrial; otra, la de “ciudadanía en la empresa”, que define los derechos de status general de ciudadanía de carácter previo, que ostenta el trabajador en cuanto ciudadano y que puede ejercer también frente a la empresa

La idea subyacente de los derechos fundamentales inespecíficos laborales se interpreta, a priori, en clave extensiva. Se intenta explicar recurriendo a los referidos paradigmas de derechos inherentes de la persona o estatus general de ciudadanía; que;

---

<sup>19</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, cit., págs. 11-12.

<sup>20</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, cit., págs. 24 y ss.



conceptualmente, tiende a identificarse con aquellos derechos universalmente reconocidos que corresponden a cualquier persona por el simple hecho de serlo y que, por tanto, se reconocen en cualquier ámbito<sup>21</sup>. Bajo esta premisa, derechos fundamentales serían todos los que constituyen patrimonio inalienable de la persona y de los que, por tanto, nadie puede verse privado. Esta concepción presupone la idea de que vinculan a todos (no solo a los poderes públicos) y en esa medida deben ser respetados también en el ámbito laboral porque el paradigma de ciudadanía no está ligada a un ámbito sino que es expresiva de una serie de atribuciones o derechos subjetivos que pueden ser ejercitados en el seno de la relación jurídico laboral.

Ahora bien, una cosa es la concepción filosófico-política o la construcción dogmática de los derechos fundamentales y otra la construcción institucional o jurídica, que viene determinada por las concretas características de cada ordenamiento. Más allá de la relevancia de cada uno de los derechos fundamentales según la concepción formal o utópica, lo verdaderamente importante es su dimensión o significación práctica, que se describe por el modo en que el ordenamiento reconoce o protege tales derechos universales. Así las cosas, el interés estriba en valorar en qué medida son objeto de plasmación positiva y en qué medida los derechos enunciados en la Constitución atribuyen derechos subjetivos, esto es, si “otorgan facultades o pretensiones que las personas pueden hacer valer en circunstancias concretas en su dimensión de valores objetivos”<sup>22</sup>.

Al respecto, en el bloque de constitucionalidad individual o de derechos fundamentales que deriva de la Constitución se advierte un limitado reconocimiento formal de los derechos fundamentales inespecíficos en el sentido de que se perciben algunas lagunas en la dimensión cubierta por el Texto Constitucional respecto de los derechos inherentes a la condición de ser humano. Por otra parte, y desde un punto de vista material, tampoco se dota a todos derechos declarados a nivel constitucional del mismo reconocimiento, ni de la máxima fortaleza jurídica, o sea de “los atributos de aplicabilidad o eficacia inmediatas para ser hechas valer ante los tribunales”<sup>23</sup>. Se

---

<sup>21</sup> Vid. SANGUINETI RAYMOND, W.: “Derechos fundamamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, *Relaciones Laborales*, núms. 21-22, 2012, pág. 17.

<sup>22</sup> DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit. , pág. 63.

<sup>23</sup> JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Valladolid, 1999, pág.21

encuentran, en definitiva, algunos problemas derivados del sistema de identificación y graduación, y especialmente del significado de las previsiones genéricamente establecidas en los artículos 53, números 1 y 2 y 81 .1 de la CE, que no permiten alcanzar unos resultados muy satisfactorios en cuanto a la determinación de las situaciones integradas en el concepto de derechos fundamentales inespecíficos.

En efecto, es de destacar el carácter restrictivo de la categoría de derecho fundamental acogido por la Carta Magna que, tanto por lo que resulta de la rúbrica “Derechos fundamentales y libertades públicas”, como por el art. 53.2, queda reservado a un restringido grupo de derechos. La consideración de derechos fundamentales solo se atribuye a los derechos de la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero –los contenidos en los artículos 15 a 29, y la igualdad (art. 14) y la objeción de conciencia (art. 30)-. El Constituyente ha adoptado, así, un entendimiento “relativo” y claramente limitado de lo que cabe entender por derechos fundamentales<sup>24</sup>. Entendimiento que parte de una distribución u ordenación un tanto caprichosa o subjetiva de los derechos en tres grupos: 1) “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Sección primera, Capítulo II); 2) “Derechos y de los deberes de los ciudadanos” (Sección segunda, Capítulo II) y 3) “De los principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III). Se trata de un sistema clasificatorio *sui generis*, que carece de precedentes en el constitucionalismo contemporáneo, e incluso en los Textos internacionales de Derechos humanos.

La clasificación no es solo una mera ordenación de derechos en función de un criterio artificioso o poco claro; sino que sugiere, además, una valoración desigual de los derechos enunciados en los distintos grupos. No se sabe muy bien a qué responde la selección jurídico-positiva de los derechos fundamentales circunscrita a la Sección 1ª del Capítulo Segundo. Desde luego, la determinación concreta, aunque integre un núcleo importante de valores indisponibles de la persona –de derechos civiles, políticos y sociales-, no se encuentra dotada de suficiente estructura y especificidad propia, de manera que se identifique un rasgo caracterizador que defina a la Sección 1ª frente a los demás grupos. El agrupamiento se justifica por la especial trascendencia de estos derechos y libertades como fundamento del ordenamiento jurídico<sup>25</sup> y también por

---

<sup>24</sup> Ibidem, pág.18

<sup>25</sup> STC 18/1981

tratarse de los “derechos más vulnerados en el pasado”, según lo señalado por una parte de la doctrina<sup>26</sup>. Pero la explicación no parece muy convincente porque las situaciones subjetivas que tal apreciación dogmática de la categoría incorpora, son algunas más, y porque tampoco ofrece pista alguna sobre el alcance que debería tener el concepto general de derecho fundamental.

No es fácil poner significado y coto a la expresión “fundamentales” aplicada a los derechos fundamentales, puesto que no existe una comprensión unitaria y general de derecho fundamental. En cualquier intento de identificación y juridificación de los derechos fundamentales existe –como advierte Díez Picazo- el “peligro de banalización”<sup>27</sup>. Pero es probable que una reconstrucción general del contenido de la expresión terminológica no pueda prescindir de dar entrada a algunos de los derechos que no constan en la Sección Primera, Capítulo I, y que pueden entrar a título pleno y sin dificultad en el núcleo esencial de los derechos inherentes a la condición humana. Sin pretensión de exhaustividad, y por lo que interesa al objeto de nuestra reflexión, bien podrían merecer la calificación de fundamentales, entre otros, el derecho fundamental a la dignidad humana (recogido en la Constitución, pero no como derecho fundamental), el derecho de propiedad (reconocido en el artículo 1 del Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos), el derecho a un trabajo decente, el derecho a la salud o el derecho a la protección social en situaciones de pobreza o de necesidad, alguno de los cuales no tiene ni siquiera el reconocimiento teórico de derecho subjetivo en la Carta Magna.

Aun cuando la doctrina académica y el Tribunal Constitucional vienen manejando un concepto de derecho fundamental “puramente relativo” -el que se desprende de las previsiones de los artículos 53.1 y 2 y 81.1 CE-, emergen dudas sobre si es dable seguir configurando la construcción dogmática de la figura los derechos fundamentales inespecíficos de la relación individual exclusivamente sobre valores de la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución. La vinculación de la noción de derecho fundamental inespecífico a lo que es inherente a la condición humana obliga a tomar en consideración las condiciones que permiten dar una respuesta a las aspiraciones más elementales del ser humano. Y en este sentido, las pretensiones de

---

<sup>26</sup> JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 18

<sup>27</sup> DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 36.

respeto a la dignidad humana, de mantener el control sobre las propias informaciones, a tener un trabajo decente donde se respeten unos estándares mínimos internacionalmente aceptados, a la asistencia sanitaria, a la ayuda social, deben ocupar un lugar preferente en la escala de valores protegidos por el ordenamiento. ¿Hasta qué punto se puede hablar de derechos fundamentales inespecíficos haciendo abstracción de lo que son las grandes amenazas a la libertad, de los ataques cibernéticos a la privacidad o a la identidad, o de los grandes problemas sociales de salud o de pobreza, que acompañan al trabajador en su condición de ciudadano, o sin tomar en consideración los casos de precariedad y de explotación, tanto de los que tienen un empleo regular como de los “que se ganan la vida en el sector no estructurado (la economía sumergida o informal)<sup>28</sup>”, legitimando las diferencias históricas entre categorías sociales de trabajadores?

Ocurre, por otro lado, que la distribución en grupos de los derechos humanos en función del sistema de garantías establecido para cada uno de ellos, ha llevado a justificar un entendimiento jerarquizado de los derechos. La Constitución no concibe de la misma manera el peso específico de cada uno de los derechos subjetivos y valores consagrados. Atribuye un régimen diferenciado de garantías, situando en lo más alto a un selecto grupo de derechos fundamentales, los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I. Aunque el apartado primero del artículo 53 CE establece que todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos, a tenor del apartado segundo del artículo 53 CE, solo a los derechos reconocidos en la Sección 1ª (“Derechos fundamentales y libertades públicas”) se reconoce la protección jurídica reforzada, por la vía del amparo judicial y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Los de la Sección 2ª Título I (“De los derechos de los ciudadanos”) quedan, así, en un segundo plano, no siendo equiparables a los de la Sección 1ª desde el punto de vista de la salvaguardia o tutela jurisdiccional de los derechos, bien que su carácter de derecho subjetivo sea indiscutible. Y en último lugar, se coloca a los valores contenidos en el Capítulo Tercero (“Principios rectores de la política social y económica”), dispensándoles una situación de notable inferioridad jurídica y jurisdiccional. Dichos valores, al establecer el art. 53. 3 CE que “solo podrán

---

<sup>28</sup> HEPPLÉ, B.: “Igualdad, representación y participación para un trabajo decente”, AA.VV. (dirs. SERVAIS, J.M., BOLLÉ, P., LANSKY, M., SMITH, CH.) *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Informes OIT, MTYAS, Madrid, 2007, pág. 291.

ser alegados ante la Jurisdicción de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, se ven desprovistos de los rasgos distintivos de los derechos fundamentales de la invocabilidad directa -esto es, de la “aplicabilidad de una norma constitucional aunque no haya tenido desarrollo legislativo”- y de la justiciabilidad inmediatas<sup>29</sup>

En realidad, sin negar la existencia y la relevancia de los derechos reconocidos, se ha inducido al intérprete a una visión jerarquizada de los derechos y a derivar un concepto genérico de derecho fundamental asociado exclusivamente a los de la Sección Primera del Capítulo II. Se ha instalado, así, la idea de que no hay más derechos fundamentales que los que figuran en dicha Sección 1ª. Ello en parte producto, también de la confusa elaboración jurisprudencial del Tribunal Constitucional que, sin perjuicio de llevar a cabo en algunas ocasiones operaciones dispares de integración dentro de los fundamentales de derechos enunciados fuera de la Sección 1ª<sup>30</sup> -como habrá ocasión de comentar-, se ha mantenido firme en la identificación de los derechos fundamentales con los enunciados en la Sección Primera, como consecuencia del enlace institucional del recurso de amparo con los referidos derechos ex art. 53.2 CE<sup>31</sup>.

Precisamente, la vinculación del concepto de derecho fundamental al núcleo esencial de los derechos de la Sección Primera y al ámbito objetivo del recurso de amparo, ha dado pie a una visión valorativa superior de estos derechos que los sitúa por encima de los demás, afectando a la efectividad de estos otros bienes jurídicos cuando el derecho fundamental entra en colisión con otro valor tendencialmente opuesto<sup>32</sup>. Así, el propio Tribunal Constitucional mantiene la idea de una “prevalencia” o “posición preeminente de los derechos y libertades en el ordenamiento jurídico” (SSTC 94/1994, 181/2006). A partir de ahí, la doctrina no ha dudado en utilizar una terminología sintomática de la aceptación del superior rango de los derechos fundamentales,

---

<sup>29</sup> DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 58; JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit. pág. 21.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pág. 59.

<sup>31</sup> En contra de la interpretación restrictiva de la expresión derechos fundamentales, circunscrita a los derechos de la Sección 1ª, se han posicionado, entre otros: PEREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 70 y ss; PRIETO SANCHÍS, P.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 95 y ss.; RUBIO LLORENTE, F.: *Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993, pág. 626.

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 53.

distinguiendo entre un “derecho fundamental pleno y otro menos pleno” en clara alusión a los derechos fundamentales inespecíficos, por un lado, y a la libertad de empresa, por otro, sin perjuicio de reconocer que la consideración de éste último puede ser incluso mayor<sup>33</sup>.

Sin embargo, a decir verdad, no parece correcto reputar que unos derechos sean superiores a otros, admitiendo situaciones de diferente rango, y, en particular, que los derechos fundamentales de la Sección 1ª sean de superior valor por el especial trato de tutela dispensado por el ordenamiento a dichos derechos respecto de todos los demás recogidos en otros apartados de la Constitución<sup>34</sup>. Conviene no confundir el valor o peso específico del bien jurídico con la técnica o garantía de protección. Como bien observa Jiménez Campo<sup>35</sup> “la protección constitucional reforzada o cualificada de un derecho no expresa, sin embargo, valoración relativa de tipo alguno”. Si se reconoce a los derechos fundamentales inespecíficos de la Sección 1ª un superior rango, habría de admitirse en buena lógica que cualquier otro derecho o valor de menor rango que entrase en conflicto debería ceder y quedar anulado por su valoración más reducida, sin ningún tipo de excepción. La prevalencia de aquellos sobre éstos sería automática. Pero, es evidente que el realce otorgado a los derechos fundamentales -de expresión, intimidad, etc.- no otorga prioridad absoluta sobre otros valores en presencia como la libertad de empresa (art. 38), porque ambos derechos y valores están llamados a coexistir y no a ser excluidos por principio, debiendo decidirse en cada caso la prevalencia en función del interés más digno de protección. El rango no debe ser tomado, pues, en consideración cuando haya una colisión entre derechos fundamentales y valores o bienes jurídicos protegidos a nivel constitucional, porque no hay jerarquías entre ellos, sino la ponderación de intereses en el concreto conflicto, que es lo que justifica que una vez acreditada la necesidad o interés empresarial, sea legítimo el sacrificio de un derecho fundamental.

---

<sup>33</sup> OJEDA AVILÉS, A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”, cit., pág. 18.

<sup>34</sup> Como han señalado en la doctrina laboral: GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, AA. VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 255; DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 42.

<sup>35</sup> JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit. pág. 18.

La determinación del concepto de derecho fundamental inespecífico exige una relectura de los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, menos condicionada desde el punto de vista interpretativo por la gradación de las garantías que el art. 53 de la CE establece y más propositiva desde el punto de vista de un “derecho común de los derechos humanos”<sup>36</sup>. Salvo el bien supremo de la vida, todos los derechos fundamentales se encuentran, *prima facie*, equiparados y en un plano de igualdad. Tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, auspiciado por el Consejo de Europa, como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y reconocida –tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo- por el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), huyen de una concepción jerarquizada de los derechos fundamentales y son un buen ejemplo de convivencia igualitaria de derechos. Se tutela cada uno de los derechos fundamentales con igual valor porque representan un componente inalienable del ser humano. Cada derecho constituye una parte de todo el ser humano. El alcance no debería venir determinado, por tanto, solo por el valor interpretativo del sistema de garantías constitucional, sino por el lenguaje común de las normas internacionales reconocedoras de los derechos fundamentales.

La universalidad de los derechos humanos obliga a “la búsqueda de unos principios y reglas comunes”<sup>37</sup>. Y ese entendimiento común debe venir de la mano de los grandes textos internacionales de derechos humanos y de la unión de jurisdicciones, señaladamente del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Como ha escrito García Roca<sup>38</sup>, “los derechos fundamentales son un ingrediente esencial de un orden público democrático, un componente axiológico de la cultura del constitucionalismo y de la identidad europea, y el CEDH opera como un instrumento constitucional al servicio de ese orden”.

---

<sup>36</sup> DIEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 37.

<sup>37</sup> GARCÍA ROCA, J.: “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pág. 187.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 221.

Nuestra propia Constitución opta por este proceso de convergencia, al imponer en el artículo 10.2 CE una lectura evolutiva y acompasada de las normas relativas a los derechos fundamentales según los textos internacionales (“Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”). Obliga, así, a llevar a cabo una operación hermenéutica de los derechos fundamentales, basada en el sistema convencional europeo y en otras declaraciones (como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000), adaptando el contenido del derecho a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en las SSTC 303/1993, 119/20 y 37/2011<sup>39</sup>, a fin de alcanzar una universalidad y coherencia en la interpretación de los derechos fundamentales.

Esta interpretación a la luz de los textos internacionales sobre derechos fundamentales, es impulsada también por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, desde el momento en que establece como nuevo motivo de recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de derechos y libertades, la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 219.2). El Convenio Europeo y los enjuiciamientos del TEDH han adquirido así un sólido basamento para operar como la principal norma de referencia para cuando “los problemas sobre derechos fundamentales no pueden ser resueltos con puros remedios constitucionales”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> STC 236/2007: en esta sentencia se declara que en el “proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia “la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7).

<sup>40</sup> Ibidem, pág. 185. Vid. SAIZ ARNAIZ, A.: “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos humanos: las razones para el diálogo”, AA. VV. (Asociación de letrados del Tribunal Constitucional) *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, Tribunal Constitucional-CEPC, Madrid, 2013, págs. 133 y ss. , MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. M.: “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, AA. VV. (Asociación de letrados del Tribunal Constitucional) *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*, Tribunal Constitucional-CEPC, Madrid, 2013, págs. 161 y ss.



Todo lo cual amenaza con dinamitar el escenario trazado entre nosotros por la doctrina constitucional y académica de un complejo de derechos fundamentales inespecíficos reducido a la Sección 1ª de la Constitución en virtud del sistema de garantías establecido en el art. 53 de la CE, y limitado a la jurisprudencia interna. Y ello por varias razones:

En primer lugar, por la simple observación de que ante el Tribunal Europeo se pueden invocar derechos fundamentales que no tienen una proclamación específica en la Sección primera y sí en el sistema del Convenio. Cabe citar, por ejemplo, el derecho a la propiedad, que ha permitido un relativo juego en el reconocimiento de derechos sociales y prestacionales como el de las pensiones<sup>41</sup>, o la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio) que en la Sentencia de 27 de mayo de 2008, caso N. c. Reino Unido se alegó para impedir la expulsión de una persona en situación irregular gravemente enferma, o cualquier otro que el TEDH considera englobado dentro de los reconocidos en el Convenio, como el derecho de participación de los individuos en la elección de los actos médicos y a consentir el acto con conocimiento de causa, extraído del derecho a la vida privada, consagrado en el art. 8.1 CEDH (SSTEDH de 24 de septiembre de 1992, caso Herczegfalvy c. Austria, &63, y de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, &63) que presenta implicaciones laborales respecto de los reconocimientos médicos y la vigilancia de la salud.

En segundo lugar, por el acceso *per saltum* de los justiciables al Tribunal Europeo. Después de haber desaparecido el filtro previo de la Comisión tras la aprobación en 1998 del Protocolo 11, se puede acceder de forma directa al TEDH y sin haber dado oportunidad al propio Tribunal Constitucional de enjuiciar el asunto, en los casos en que el derecho no es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Y en tercer lugar, porque va a ser posible mirar hacia el TEDH, y resolver los amparos judiciales desde la perspectiva del Tribunal Europeo. Su interpretación

---

<sup>41</sup> Contributivas (STEDH de 12 de abril de 2006, caso Stec c. Reino Unido; de 31 de agosto de 1996, caso Gaysuz c. Austria y no contributivas (STEDH de 30 de agosto de 2003 Koua Poirrez c. Francia, o de 7 de mayo de 2002, caso Bourdov c. Rusia). Vid. SANTOLAYA, P. y DIAZ RICCI, S.: “Los derechos económicos sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, AA. VV. (Coord. GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ, P. A., SANTOLAYA, P. CANOSA, R.: *El diálogo entre los Sistema Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas/Thomson, Pamplona, 2013, págs, 285 y ss:;

globalizada está dotada de una cierta supremacía respecto de las jurisdicciones constitucionales, en su función de garante de los derechos fundamentales, sin perjuicio del carácter declarativo y no directamente ejecutivo de sus pronunciamientos<sup>42</sup>. Se imponen sus pronunciamientos, pese a “los menguados efectos directos y subjetivos de las sentencias europeas” al ser necesaria la adopción de medidas internas por los poderes públicos para la “*restitutio in integrum*”, lo que debe producirse en el nivel nacional<sup>43</sup>.

### III. EL DÉFICIT DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS INESPECÍFICOS EN EL ÁMBITO LABORAL

La traslación al ordenamiento jurídico laboral de los derechos fundamentales inespecíficos resulta, hasta la fecha, una operación inconclusa, en nuestro país. El reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral no ha tenido aún la plasmación positiva, ni el desarrollo normativo requerido por la eficacia del sistema de garantía de los derechos. La regulación legal permanece estática, en la medida en que el principal texto –el Estatuto de los Trabajadores– se ha mantenido invariado prácticamente en la defensa de los mismos valores de la personalidad del trabajador desde su primera configuración en la democracia, ajeno a la evolución muy dinámica de los derechos fundamentales, tanto en lo que se refiere a su relevancia creciente, como a las nuevas dimensiones que han ido adquiriendo en los últimos tiempos.

El Estatuto de los Trabajadores, si bien ha tenido en cuenta los derechos fundamentales inespecíficos desde su origen, se muestra bastante limitado y arcaico en el reconocimiento de tales derechos. El “*genus*” de los derechos fundamentales inespecíficos quedaría reconducido a algunos de los reconocidos en el art. 4.2 (“*En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:*”...); a saber: el derecho a no ser discriminados (apartado c), el derecho a la integridad física (apartado d), el derecho a la intimidad y a la consideración debida a su dignidad, incluida la protección frente al acoso (apartado e) y el ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo (apartado g).

---

<sup>42</sup> SSTC 245/1991 y 313/2015, entre otras.

<sup>43</sup> *Ibidem*, págs. 210-211.

Esto no implica que tales referencias agoten el conjunto de alusiones a aquellos derechos, ni que el Estatuto agrupe a todos los preceptos que reconozcan los derechos fundamentales inespecíficos laborales. Al margen del art. 4 ET, existen otros preceptos del ET, que hacen referencia a ellos, bien para señalar las consecuencias de la transgresión de alguno de los derechos mencionados, en concreto el principio general de la igualdad (art. 14 ET), o bien para graduar la intensidad de los controles empresariales y establecer los límites objetivos del poder de injerencia en la persona del trabajador ante un legítimo interés de control (arts. 18 y 20 ET).

Así en el art. 14 ET se declaran nulas y sin efectos las vulneraciones del principio de no discriminación; en el art. 18 ET, bajo el título de “*La inviolabilidad de la persona del trabajador*”, se autoriza –no sin incurrir en cierta impostura– la realización de los “*registros por parte de empresario sobre la **persona** del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares*”, en aras a la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores, si bien sujeto a ciertas restricciones de lugar (en el centro de trabajo), tiempo (en horas de trabajo) y forma (en presencia de un representante de los trabajadores), y al respeto a la intimidad y dignidad del trabajador; y en el art. 20 ET se legitima la vigilancia y control del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, subordinada a la exigencia de respeto a la consideración debida de su dignidad humana.

Los dos últimos preceptos estatutarios guardan similitud con los artículos 4 y 6 de la Ley italiana del *Statuto dei Lavoratori*; no en vano están inspirados en ellos. No obstante, constituyen “una versión light”<sup>44</sup> o adulterada de los mismos, porque lejos de prestar una consideración más atenta a los derechos fundamentales de la persona del trabajador –como hace el *Statuto italiano*–, tienden fundamentalmente a proteger los intereses de empresa sin despojarla realmente de los posibles aspectos arbitrarios. Son el símbolo de una legislación vacía de contenido porque normas de tal naturaleza solo pueden mantener algún tipo de eficacia –como ha señalado Di Fellice– si se le dota de

---

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-PÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Del *Statuto dei lavoratori* al Estatuto de los Trabajadores. Dos experiencias en contraste”, AA. VV. (Dir. CARINCI, F., DELL’OLIO, M., DE LUCA TAMAJO, R., LISO, F., MONTUSCHI, L., TOSI, P., TREU, T., VENEZIANI, B.: *El Estatuto de los Trabajadores Italiano veinte años después*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 151.

límites y sanciones que regulen la violación de las mismas<sup>45</sup>, y las del ET carecen claramente de ello.

Por otra parte, fuera del ET asume también relevancia significativa desde el punto de vista de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su artículo 22 regula la vigilancia de la salud del trabajador, estableciendo como regla general la voluntariedad y limitando los reconocimientos médicos obligatorios a determinados supuestos. El referido precepto legal realiza, a diferencia de los anteriores, una forma de tutela preventiva, ya que enuncia las concretas exigencias que legitiman el reconocimiento médico. Se trata de una regulación que mira a proteger la salud, al tiempo que busca preservar la intimidad de los trabajadores, siendo eminentemente funcional a los intereses de los trabajadores, antes que a los de la empresa.

Y un papel de particular relevancia en el impulso a los derechos fundamentales corresponde también a la legislación antidiscriminatoria, señaladamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que se promulga en aplicación específica del principio general de igualdad reconocido en el art. 17 CE y art. 14 ET y del Derecho comunitario. La Ley regula la protección frente a la diferencia basada en alguna de las causas prohibidas (raza, origen, religión, lengua, edad, orientación sexual, discapacidad, afiliación sindical, etc.), así como frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, con técnicas de protección innovadoras y reconociendo un papel activo a los agentes sociales en la promoción de nuevas pautas de comportamiento social<sup>46</sup>

Con todo, y pese a los avances, en algunos aspectos, sustanciales y sorprendentes, la normativa laboral no ha afrontado todavía la entera problemática de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral. El legislador guarda silencio sobre el reconocimiento general de la vigencia de los derechos fundamentales y libertades en la empresa, dejando en la penumbra numerosas cuestiones sobre sus

---

<sup>45</sup> DE FELICE, L.: “La tutela de la persona del trabajador (la jurisprudencia sobre los artículos 1,2,3,5,6,8 del Estatuto)”, AA. VV. (Dir. CARINCI, F., DELL’OLIO, M., DE LUCA TAMAJO, R., LISO, F., MONTUSCHI, L., TOSI, P., TREU, T., VENEZIANI, B.: *El Estatuto de los Trabajadores Italiano veinte años después*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 162.

<sup>46</sup> Una obra de referencia sobre la Ley 3/2007 es: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008.

implicaciones. Cuestiones que han de ser resueltas acudiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales. Como ha observado Gutiérrez Pérez<sup>47</sup>, “el conjunto de derechos fundamentales inespecíficos carece en el Estatuto de los Trabajadores de un tratamiento central y enfocado a las protección de aquellos derechos, quedando el tratamiento de éstos diluido a lo largo de dicho instrumento legal, con escasa referencia únicamente a alguno de aquellos derechos, siendo necesario acudir a normas ajenas al ámbito laboral para tratar de otorgar protección a alguno de estos derechos en aquel ámbito”.

Bien es verdad que de la evocación estatutaria del respeto a la dignidad e intimidad –en el art. 4.2 e) ET- se puede deducir una indicación sobre la máxima relevancia de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral. Haciendo una interpretación no únicamente circunscrita a la intimidad, sino ampliada y mejorada por la capacidad de la expresión dignidad, se puede alcanzar una idea material como la que maneja la jurisprudencia constitucional, sobre el valor jurídico fundamental de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. No en vano la dignidad (art. 10.1 CE) aparece como pórtico del Título I de la CE, y es vista como “el germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”, “el valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por los demás” (STC 53/1985). Así, en cuanto cualidad ínsita a la persona y sustrato básico de los derechos fundamentales, su consagración supone la aceptación sin matices de la penetración en el ámbito laboral de los derechos fundamentales.

Lo que ocurre es que esta proclamación de la dignidad en el Estatuto de los Trabajadores tiene mucho de retórica y poco de reconocimiento efectivo. Es palabra que se utiliza muchas veces por el interprete como un recurso enfático carente de un contenido concreto. Las apelaciones a la dignidad no parecen tener en el orden laboral “más sentido que el de prestar rotundidad, o cierta impostada gravedad de tono, a un resultado decisorio ya alcanzado, o en todo caso alcanzable, mediante el recurso a otros preceptos”<sup>48</sup>. El problema de la dignidad en el Estatuto es que no aporta criterio alguno objetivable, y se tiende a delimitar por referencia a alguno de los derechos

---

<sup>47</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, cit., pág. 108.

<sup>48</sup> JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit. pág. 181.

fundamentales que son su realización y, en concreto, la intimidad con la que se pone en conexión en el Estatuto

En efecto, el reconocimiento no tiene un alcance jurídico determinado, y en realidad solo se le dota de contenido a partir de la interpretación de la norma declarativa del derecho fundamental que le acompaña, sin que “la cita del principio de referencia aporte nada, fuera de una supuesta solemnidad”<sup>49</sup>. Estamos ante un principio interpretativo que comporta un condicionamiento o limitación del poder de dirección y de control del empresario, pero que, dada su abstracción e indeterminación, la concreta proyección y por tanto las interdicciones y limitaciones que implica en el ámbito laboral, constituyen una incógnita.

La dignidad es una noción constitucional cuya aplicabilidad al mundo de la empresa resulta enigmática por no aportar el legislador pauta alguna en su difícil interacción con los intereses de empresa. La legislación solo protege unos pocos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, como son los ya señalados de la igualdad, el derecho a la integridad física o moral, el derecho a la intimidad del trabajador en lo que podría denominarse la vertiente negativa del derecho o el derecho a la tutela judicial efectiva.

Respecto de otros derechos fundamentales que pertenecen al trabajador en cuanto persona el silencio es total. No hay alusión a la proyección que el núcleo irrenunciable de la dignidad y las manifestaciones concretas del libre desarrollo de la personalidad puedan alcanzar en los momentos actuales ante las importantes transformaciones que en materia de la organización productiva y de innovaciones tecnológicas se están produciendo dando origen a nuevos conflictos

Se carece, así, de respuesta legislativa ante los nuevos retos de todo tipo y muy en especial del progreso tecnológico y de los peligros que entrañan las nuevas tecnologías. La protección frente a los nuevos riesgos a que se halla expuesto el trabajador no ha merecido atención alguna. No se incluye, siquiera, la facultad de autodeterminación informativa respecto de la posibilidad de acopio y recogida de datos

---

<sup>49</sup> Ibid, pág. 184.

personales que las nuevas herramientas informáticas permiten en el lugar de trabajo, y que ha supuesto toda una revolución cultural, comunicativa y laboral. El ET otorga, así, una limitada consideración a los derechos fundamentales del trabajador, ya desde la perspectiva de la Sección 1ª de la CE.

Una situación que contrasta con el tratamiento dispensado al tema en otros ordenamientos jurídicos comparados, como el Portugués. Aquí el legislador ha mostrado una mayor sensibilidad al recoger en su Código de trabajo, versión de la Ley nº 7/2009, de 12 de febrero, se recoge toda una serie de principios básicos sobre los derechos de la personalidad en el lugar de trabajo. En él se regulan aspectos relativos al uso de los datos biométricos o de los medios de videovigilancia o sobre los reconocimientos médicos<sup>50</sup>.

Asimismo, en cuanto a la información genética, han sido precursores en la elaboración de una ley -La Ley nº 12/2005, de 26 de enero- destinada a la protección de datos genéticos que establece la prohibición de realizar los tests genéticos en la selección y contratación de nuevos trabajadores e impide a las empresas exigir a los trabajadores, aun cuando cuenten con su consentimiento, la realización de tales pruebas o la divulgación de resultados previamente obtenidos.

Lejos de esta realidad, nuestro país no dispone de un cuadro de principios básicos, actualizado y adecuado a los problemas que plantea, respecto de la defensa de los derechos fundamentales del trabajador, la proliferación de los distintos instrumentos tecnológicos informáticos en la organización de la empresa y otros avances científicos. Ninguna de las múltiples reformas laborales llevadas a cabo desde el año 1980 ha considerado oportuno proceder a extender a los trabajadores los derechos fundamentales, estableciendo una disciplina general sobre los delicados problemas de equilibrio entre los intereses de empresa y los valores de la personalidad de los trabajadores.

---

<sup>50</sup> Vid. COELHO MOREIRA, T.: *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Coimbra, 2010; COELHO MOREIRA, T.: *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011.

Sin embargo, la iniciativa legislativa se antoja necesaria, y ello, al menos, por un par de consideraciones. Ante todo, porque se corre el riesgo de que la empresa termine por ocupar el espacio regulador dejado vacante por el legislador, mediante mecanismos de autorregulación (Compliance Programs, códigos de conducta, normas éticas, etc.), sin que la dignidad y los derechos fundamentales adquieran la verdadera proyección como límites a los poderes del empresario y, si a caso, tan solo una plasmación limitada de dudosa constitucionalidad. De hecho, bajo el recurrente pretexto de servir a la mejora de la confianza y credibilidad de la empresa, los Códigos de conducta describen virtudes morales, actuaciones del trabajador que constituyen verdaderos criterios definidores del juego de los derechos en la relación laboral, donde la empresa se erige en la única fuente de legitimación (intérprete único) de la proyección que pueden alcanzar los derechos fundamentales en la empresa. Sirva como ejemplo más palpable de esta “dominación jurídica de las relaciones entre particulares”<sup>51</sup> por el empresario, las normas sobre el uso y control del correo electrónico y de la navegación por Internet adoptadas en los referidos códigos, que suelen ser muy restrictivas<sup>52</sup>. En la mayoría de las ocasiones, si no desaparecen por completo las libertades y derechos del trabajador de intimidad o de secreto de comunicaciones, se da origen a “una libertad residual” a merced del empresario.

Por otro lado, la positivación de unos principios definidores de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral resulta absolutamente necesaria, porque, aparte de aportar seguridad jurídica, se revela como la condición indispensable para una eficaz garantía de los derechos fundamentales en el interior de la empresa. Manejar valores jurídicos fundamentales sin referencia a directrices es hacer retórica y conduce a la “desustancialización” de los propios valores. Es preciso, por tanto, que la tan proclamada vigencia o validez de los derechos fundamentales se manifieste singularmente en realidades que sean percibidas como ámbitos existenciales, que se puedan desarrollar en el ámbito de la relación laboral y puedan realizarse frente a los poderes del empresario

---

<sup>51</sup> JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit. pág. 188.

<sup>52</sup> Vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “Regulación, mediante códigos, del uso y control de los medios informáticos y de comunicaciones puestos a disposición del trabajador y de las secciones sindicales”, AA. VV. ( Dir. GOÑI SEIN, J. L.) *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 358 y ss.



En todo caso, no se trata tanto de ampliar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos por el Estatuto de los Trabajadores, cuanto de ofrecer pautas de reequilibrio de acuerdo con la defensa de los derechos fundamentales, en una relación laboral individual un tanto debilitada y desequilibrada por los incesantes cambios normativos que se vienen produciendo en el orden laboral. Lo que hace falta es dotar de efectividad a la “versión perifrástica” de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral, llegar a identificar lo que el principio jurídico de la dignidad encierra más allá de los sobreentendidos o de las retóricas y encontrar puntos de equilibrio entre los intereses opuestos.

El gran reto es, por tanto, el de individualizar las manifestaciones concretas que ilustran la dignidad del trabajador<sup>53</sup>, y definir las recíprocas influencias entre el goce de los valores espirituales e inherentes de la persona del trabajador y los intereses legítimos de la empresa, engendrando reglas fiables que sirvan para reconducir el ejercicio del poder de dirección a su justo término.

### III.- EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

No se oculta que esa reconstrucción de la validez de los derechos fundamentales sobre la relación de trabajo presenta dificultades, puesto que las implicaciones de los derechos fundamentales en el reequilibrio de los poderes entre las partes individuales de la relación, es –como ha escrito Treu<sup>54</sup>– una de las cuestiones más controvertidas de la teoría de la relación laboral. Desde luego, no es tarea que competa en exclusiva al legislador; parece, más bien, un asunto perteneciente al “gobierno de los jueces”. Porque presuponer que el legislador pueda determinar los intereses específicos laborales que protege cada uno de los derechos fundamentales y diseñar reglas (“fórmulas de compromiso”) que resuelvan todos los conflictos de intereses en la relación individual es una quimera.

---

<sup>53</sup> JIMIÉNEZ CAMPO, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit. pág. 186.

<sup>54</sup> TREU, T.: “El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después”, ..., op., cit. pág.43.

No tiene el legislador tanta capacidad como para anticiparse y prever las diversas relaciones de conflicto entre los derechos subjetivos e intereses empresariales, ni para reconducirlas a una lógica unitaria. Por otra parte, esforzarse en regular en detalle el enunciado general de los derechos humanos proporcionando la tutela adecuada en cada caso comporta riesgos: el primero se halla en la pérdida de vitalidad; se corre el riesgo de caer en la rápida obsolescencia porque es probable que, con el correr del tiempo, el ajuste de intereses en conflicto quede superado; el segundo riesgo consiste en la ineficacia, porque una regulación con normas analíticas conduce a desconocer las diferencias de matiz acerca de las situaciones de conflicto y las garantías establecidas y comporta a la postre una rigidez y una limitación de la libertad y dignidad del trabajador. Y el tercer riesgo es el activismo: obliga al legislador a permanecer activo persiguiendo constantemente el cambio para alcanzar el “armonioso compromiso” de intereses en contextos organizativos de empresa y del mercado en continuo cambio, lo que resulta impensable.

El legislador, donde puede mostrarse verdaderamente eficaz, es en la articulación de una serie de principios generales. La fuerza de la política reside –como ha expresado Rodotà- en diseñar con claridad el cuadro de principios dentro de los cuales los sujetos -los jueces en primer lugar- puedan operar legítimamente<sup>55</sup>. Los horizontes de la legislación en materia de derechos fundamentales no pueden ser, en consecuencia, sino vastos, en el sentido de idóneos para incluir toda una potencialidad de demandas sociales, aunque no vagos o imprecisos, porque han de aportar, a la vez, certidumbre para la acción individual y colectiva.

Con todo, la vía utilizada, de momento, para dotar de contenido a las solemnes declaraciones de derechos fundamentales de la Constitución en relación con el contrato de trabajo, no ha sido la de la intervención legal sino la jurisdiccional. El papel decisivo en materia de derechos humanos en la relación de trabajo lo han desempeñado los Tribunales y muy en especial, el Tribunal Constitucional. En efecto, separándose del pasado remoto de nuestros tribunales laborales poco propicios a considerar extensivos al ámbito laboral los derechos fundamentales, el máximo intérprete constitucional ha venido a establecer “las bases y los instrumentos para asegurar la operatividad de los

---

<sup>55</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 60.

derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo desde la premisa (ya recordada anteriormente) de que ni la celebración del contrato de trabajo priva al trabajador de sus derechos constitucionales ni las organizaciones productivas son ajenas a los principios y derechos constitucionales”<sup>56</sup>

En la conciencia colectiva parece haber calado, así, la idea de una “jurisprudencialización del derecho constitucional”<sup>57</sup> y ello debido a que ha sido el órgano de garantía constitucional el responsable de sancionar una noción unitaria de los derechos fundamentales individuales de la persona y, en general, la jurisprudencia la encargada de configurar y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo, aunque se confrontan en la doctrina académica pareceres muy distintos sobre su función, como expresión del contraste entre la línea de la suplencia judicial y la línea de su delegación.

Una parte de la doctrina científica identifica en el activismo jurisdiccional sobre el reconocimiento y desarrollo de los derechos y libertades de la personal en el contrato, una especie de falla del sistema, una ausencia de la regulación legal: la labor de suplencia del órgano de garantía constitucional y de los jueces obedecería simplemente a la “desidia del legislador laboral”<sup>58</sup>. Algún otro sector considera, en cambio, que tiene su razón de ser en un reparto o redistribución de poderes. Desde esta perspectiva, se hace notar que el peso creciente de las jurisdicciones no implica tanto una ausencia, cuanto un declinar de la política. El propio legislador habría transferido dicho poder a la Magistratura mediante un consciente y silencioso proceso de delegación<sup>59</sup>.

Sin pretender terciar en el debate, entiendo que la actividad de los órganos jurisdiccionales en este plano de los derechos fundamentales encuentra un fundado apoyo en el principio de vinculación a todos los poderes públicos de los derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1CE). Merced a la referida sujeción al ordenamiento es

---

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, cit. pág. 208.

<sup>57</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 58.

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, cit. pág. 208. La intervención de la jurisprudencia constitucional es valorada positivamente por MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: “Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1999, pág. 361.

<sup>59</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 62.

esperable una intervención legal en la definición de los derechos fundamentales en la relación laboral, probablemente mayor que la que hasta el momento se ha producido. Desde luego, es obvio que el instrumento legal está llamado a asumir una notable relevancia, dentro de un orden de reconocimiento y formulación general. Pero, al mismo tiempo no cabe desconocer que al juez corresponde un insustituible papel en la reconstrucción de los derechos fundamentales, derivado también de su sujeción a la Constitución.

Los jueces están obligados a intervenir en la configuración de los derechos fundamentales a través del control y revisión de las decisiones empresariales cuando se impetra la tutela, bien en el proceso judicial o bien en defecto de amparo judicial en el proceso constitucional, por presunta vulneración de los derechos fundamentales. El activismo de los jueces en la reconstrucción de los derechos fundamentales no debe ser entendido, por tanto, como una injerencia o usurpación de competencias del legislador, sino como una inevitable participación de los jueces a la hora de resolver los conflictos de valores e intereses entre empresario y trabajador. El activismo judicial es consecuencia de decisiones que, aun persiguiendo prioritariamente dar solución al problema planteado, inciden sobre aspectos sustantivos de derechos fundamentales, generando pautas generales sobre la vigencia de los derechos inespecíficos en el contrato de trabajo.

Bien vista, la operatividad de los derechos fundamentales y el conjunto de reglas y criterios adoptados en este plano por el Tribunal Constitucional se han elaborado a impulso de las demandas sociales. La variada casuística de intereses ha sido la clave utilizada por la jurisprudencia para alcanzar principios y derechos constitucionales en materia laboral. Analizando cuestiones nuevas que han ido surgiendo al hilo de cambios tecnológicos y de exigencias de mercado, y decidiendo sobre las posiciones subjetivas de las partes, es como el órgano de garantía ha ido reconfigurando la posición de la persona del trabajador en el lugar de trabajo.

Se ha de poner, además, de relieve que, aunque el enfoque y el tratamiento de la lesión del derecho fundamental quedaron muy pronto asentadas en las primeras

sentencias<sup>60</sup>, la doctrina constitucional no ha quedado predeterminada para siempre y de una vez, antes bien, manifiesta una tendencia a incorporar nuevos matices y a experimentar cambios, por lo que resultan de alguna manera abiertas las pautas adoptadas y un tanto inciertos los criterios que en la diversa casuística deben prevalecer en la valoración de los derechos fundamentales en contraposición a los intereses de la empresa.

El perfil de innovación se puede observar en las decisiones que recientemente ha tomado el Tribunal Constitucional a propósito de la videovigilancia o del control del correo electrónico en la empresa. Por su parte, el cambio de posiciones se ha podido constatar – como más adelante se expondrá, muy señaladamente, al definir el método y la forma de enfocar el reconocimiento de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Ha habido una evolución importante pues, de una inicial posición metodológica contractualista o privatista se ha pasado a otra constitucionalista, de forma que, ya no es el interés contractual el que delimita el ejercicio del derecho fundamental, sino el juicio de ponderación de intereses, optando por la técnica de balancing o juicio de proporcionalidad.

Avanzando un poco más en la comprensión del papel de la jurisprudencia, una vez determinada la operatividad de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, -que, como se ha dicho repetidas veces, el Tribunal Constitucional admite de manera temprana - lo que adquiere interés es conocer los valores inherentes a la persona del trabajador, más significativos, protegidos por nuestra jurisprudencia constitucional; intereses que -como se observará- se han ido incrementando a medida que se han ido planteando cuestiones nuevas.

A tal fin, y en la identificación -necesariamente sumaria a nuestros efectos- de tales derechos, se seguirá un criterio de diferenciación según la doble dimensión positiva o negativa de las libertades o derechos implicados, ya que -como ha destacado Veneziani<sup>61</sup>- la libertad en la relación de trabajo se manifiesta en un doble plano: a)

---

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, cit. pág. 209.

<sup>61</sup> VENZIANI, B.: “Le travail entre citoyenneté civile et citoyenneté sociale: une approche de droit italien” AA.VV (Dir. AUVERGNON, P.) *Libertés individuelle et relations de travail: le possible, le*

como posibilidad de actuar o ser (libertad de) y b) como posibilidad de defenderse (libertad contra). Se tratará, así, de ver, por una parte, cómo se articula la implicación de los derechos o libertades que comportan una dimensión activa, (“una libertad de”, o una “expectativa de prestación”), y, por otra parte, los derechos que se sustentan en una facultad negativa de inmunidad (“libertad contra”).

## A) EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS POSITIVOS DE ACCIÓN

En una dimensión dinámica, de ejercicio de derechos ante el poder de dirección cuyo objeto consiste en un *agere licere*, y que entrañan un derecho de exteriorización o de obrar conforme a las propias ideas o convicciones ante la empresa, el Tribunal Constitucional ha hecho un esfuerzo reconstitutivo importante, reconociendo diversas manifestaciones de la libertad y dignidad de la persona del trabajador en el seno de la relación laboral o del contrato de trabajo.

1. Entre ellas, se han de destacar, en primer lugar, las relativas a la libertad de expresión y de información que garantiza el art. 20.1 CE<sup>62</sup>. El Tribunal Constitucional ha realizado múltiples declaraciones al respecto, amparando la libertad de expresión, de difusión y de crítica, tanto de los representantes de los trabajadores como de los trabajadores (entre otras, SSTC 126/1990, 213/2002), aunque lógicamente no siempre ha terminado dando la razón a los trabajadores recurrentes, porque el juicio definitivo puede deparar la prevalencia de los intereses de la empresa sobre el ejercicio de la libertad de los trabajadores, a la vista de las circunstancias del caso.

Sobre el deslinde y alcance de los referidos derechos, el TC tiene establecido que el objeto de la libertad de expresión son los pensamientos, ideas y opiniones (creencias y juicios de valor, incluidos)<sup>63</sup>; y el de la libertad de información los hechos

---

*permis et l'interdit? Éléments de droit comparé*, Université Monstequieu- Bordeaux IV, Presses Universitaires de Bodeaux, 2011, p. 132.

<sup>62</sup> Sobre las libertades de expresión e información, vid. ROJAS RIVERO, G.: *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991; DEL REY GUANTER, S.: *Libertad de expresión e información en el contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial*. Civitas, Madrid, 1994. CABEZA PEREIRO, J.: “Las libertades de expresión e información como derechos específicamente laborales”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2005; ESTEVE SEGARRA, A, FABREGAT MONFORT, G.: “Aspectos relevantes de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico laboral”, *Actualidad laboral*, nº 21, 2003.

<sup>63</sup> STC 20/2002. Sobre la libertad ideológica, vid. CALVO GALLEGU, F.J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1996.

noticiables. No obstante, el deslinde no es tan nítido como parece, pues *“la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo”*<sup>64</sup>

Respecto de la libertad de expresión, el TC ha precisado que *“este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”* (SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001, 20/2002, entre otras) y *“que fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1,a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental”* (SSTC 204/1997, 134/1999, 6/2000, 11/2000, 49/2001, 148/2001, 181/2006).

En lo que respecta a la libertad de información [art. 20.1, d) CE], la exigencia constitucional de la veracidad de la información adquiere una relevancia particular para la legitimidad del ejercicio de la misma (STC 104/1986), aunque no se trata tanto de una exigencia de rigurosa y total exactitud, cuanto de evitar comportamientos negligentes o irresponsables. En tal sentido, el *“transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones”* se considera contrario a la Constitución (SSTC 4/1996 y 197/1998).

Al amparo de las referidas libertades, se han legitimado conductas conflictivas de los trabajadores; como por ejemplo: las comentarios críticos vertidos en un programa regional de TVE por un empleado respecto del sistema asistencial y el sanatorio psiquiátrico en que trabajaba (STC 88/1985); *“las críticas dirigidas por un socorrista a la organización del servicio, con propuestas de su mejora, en un tono comedido y no ofensivo al empresario”* (STC 186/1986); la emisión por un trabajador de la oficina de prensa del Ministerio de Justicia, de un despacho expresando su preocupación por la filtración de noticias de este Ministerio a una determinada editorial (STC 6/1988); las

---

<sup>64</sup> Vid PALOMEQUE LÓPEZ, C.: “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, ... op., cit., pág. 244 y ss, quien sintetiza muy bien la doctrina constitucional sobre las libertades de expresión e información

manifestaciones realizadas por un futbolista profesional a diversos medios de comunicación escrita sobre sus problemas contractuales con el club (STC 6/1995); o las manifestaciones hechas por el trabajador en un comunicado interno a raíz del fallecimiento de cuatro compañeros en un accidente de trabajo (STC 56/2008) .

Pero, también, se han considerado ilegítimas determinadas manifestaciones tales como el comunicado emitido por el comité de huelga en un centro educativo poniendo de relieve irregularidades en la realización de exámenes (STC 120/1983), o las denuncias realizadas a diversos medios por un trabajador afectado por un expediente de regulación de empleo, contra la empresa, por incumplimiento de la normativa de fabricación de explosivos y por la realización de vertidos incontrolados de los residuos, y ello por el *animus nocendi* y el perjuicio excesivo ocasionado a la empresa (STC 126/2003).

2. El Tribunal Constitucional ha proporcionado también, al amparo de la libertad proclamada en el art. 16 CE, un reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en el plano laboral. *“La libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma”* (STC15/1982). En este sentido, la objeción de conciencia *“constituye toda una libertad práctica que nos autoriza a comportarnos en la vida social de acuerdo con nuestras convicciones”*<sup>65</sup> siendo posible que esas convicciones puedan, en ocasiones, imponerse a determinados mandatos o deberes jurídicos.

De modo singular, la objeción de conciencia ha sido reconocida en la STC 53/1985<sup>66</sup>, al personal sanitario, laboral o estatutariamente, obligado a intervenir en procesos de interrupción del embarazo. En la referida STC 53/1985, se declara que tal derecho de objeción *“existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”*, por cuanto la *“objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución”*. La idea fue expuesta un tanto a la ligera o

---

<sup>65</sup> PRIETO SANCHÍS, L.: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, 2013, Madrid, pág. 289

<sup>66</sup> Esta Sentencia resolvió el recurso interpuesto por 55 Diputados contra el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal. La norma no contemplaba la posibilidad de la objeción del personal sanitario y ello fue otro de los motivos de interposición del recurso.



superficialmente, pues supone legitimar prácticamente cualquier objeción. Si la objeción de conciencia se concibe como manifestación de la libertad de conciencia, habría de considerarse lícito rehusar cualquier mandato jurídico. A la vista de las repercusiones de dicha sentencia, el TC se vio obligado a matizar el alcance del contenido de este derecho. En una posterior sentencia ha corregido su posición inicial señalando, respecto de la doctrina general establecida, que *“la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado”* (STC 161/1987). Parece que excluye *“toda posibilidad de construir a partir de la interpretación constitucional modalidades de objeción no expresamente reconocidas por el legislador”*<sup>67</sup>, lo que cuesta entender porque la ley difícilmente agotará todas las posibilidades de realización de un genérico derecho a la objeción de conciencia y por cuanto no parece razonable que no quepa invocar nada fuera de su desarrollo normativo. Sin ir más lejos los nuevos retos de la bioética no dejan de suscitar cuestiones novedosas desde el punto de vista de la objeción de conciencia<sup>68</sup>. En principio, por tanto, los argumentos para fundamentar la objeción de conciencia, cualquiera que sea la materia, habrá que encontrarlos en la ley. En concreto, y por lo que respecta al personal sanitario, el derecho de objeción de conciencia deberá ejercitarse conforme a la aún vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, por ser la que regula dicha materia.<sup>69</sup>

Al margen del personal sanitario, la cláusula de conciencia ha encontrado también proyección entre los profesionales de la información, aunque no tanto bajo la cobertura de la libertad ideológica, cuanto en el marco de la libertad de información del

---

<sup>67</sup> PRIETO SANCHÍS, L.: *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, cit., pág. 299.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: *“La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”*, cit. pág. 224.

<sup>69</sup> Art. 19.2 LO 10/2010: *“Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo”*.

art. 20.1, d) CE. Se les reconoce el derecho a la cláusula de conciencia “*como garantía de un espacio propio en el ejercicio de esta libertad frente a la imposición incondicional de la empresa de comunicación y también como forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio*” (STC 199/1999). Este derecho a la cláusula de conciencia, que, a diferencia del anterior, aparece mencionado en el art. 20.1 d) CE, viene delimitado por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. En el centro de dicho derecho está la facultad del profesional de solicitar la resolución indemnizada del contrato con la empresa de comunicación para la que presta servicios, cuando en ésta se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica. De los dos casos sometidos a la consideración del Tribunal Constitucional (SSTC 199/1999 y 225/2002), solo en uno se ha estimado el desvío del medio en que trabajaban los profesionales respecto de la línea ideológica del mismo, como causa justificativa de la resolución indemnizada del contrato solicitada por los trabajadores (STC 225/2002).

3.- El Tribunal Constitucional ha otorgado base y protección a la libertad religiosa de los trabajadores en el seno de la relación laboral. La libertad religiosa supone, ante todo, una actitud pasiva de las organizaciones, sobre la base de que nadie debe ser obligado a profesar una determinada religión. Nuestro Tribunal ha avalado en su vertiente negativa la protección de la libertad religiosa no permitiendo imponer conducta coercitiva religiosa alguna a los trabajadores.

Ahora bien, en su otra vertiente, como derecho a reclamar un comportamiento positivo del empresario en el marco del contrato de trabajo, que es la que en este apartado interesa destacar, la doctrina constitucional garantiza muy poca satisfacción de la libertad religiosa de los trabajadores, al inclinarse a favor de los intereses del contrato.

En efecto, observado el derecho a la libertad religiosa desde la vertiente positiva del *agere licere*, los criterios definidos por el Tribunal Constitucional se revelan un tanto insuficientes, pues no dejan apenas lugar al ejercicio en el plano laboral. El TC se ha manifestado en contra de la invocación del derecho de libertad religiosa para imponer a la empresa modificaciones de la relación contractual que supongan cambios o dispensas en el régimen general de la organización. No se reconoce el derecho a actuar

con arreglo a las propias convicciones religiosas si éstas comportan la acomodación del funcionamiento de la organización de la empresa a sus creencias. El trabajador está obligado a soportar el sacrificio de su derecho a la libertad religiosa siempre que resulte incompatible con la organización laboral o el funcionamiento del servicio. Por tal razón se ha considerado que no puede pretender el otorgamiento de un descanso semanal distinto para cumplir con sus deberes religiosos (STC 19/1985). No obstante, lo que se ha sostenido “revela algunas insuficiencias”<sup>70</sup>. Seguramente cabe hacer otras interpretaciones en la línea de favorecer la vigencia del derecho fundamental en la medida de lo jurídica y fácticamente posible, como tendré ocasión de comentar más adelante.

4. En la perspectiva positiva del *agere licere*, ha asumido también una relevancia indiscutible el derecho de los trabajadores a demandar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El TC ha encontrado un elemento de conexión entre tal derecho de prevención y el derecho constitucional “a la vida e integridad física” del art 15 CE. La relevancia constitucional del derecho a la protección de la seguridad y salud se apoya, aunque no de forma suficientemente clara ni asentada, en el concepto de omisión grave por parte de la empresa de su deber de protección de los derechos de los trabajadores frente a los riesgos laborales. El Tribunal Constitucional ha declarado, en la STC 62/2007, que “*el derecho a la integridad física puede verse lesionado por omisión de los poderes públicos cuando exista un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado ad casum, no siendo preciso que la lesión de la integridad se haya consumado*”. Este pronunciamiento se produce al enjuiciar el caso de una denuncia interpuesta por una trabajadora contra el Servicio Andaluz de Salud por asignarle funciones contraindicadas para su estado de embarazo, y por permanecer pasivo ante tal petición. El Tribunal aprecia vulneración del derecho a la vida e integridad física (art. 15CE) porque el empleador (la Administración) le asigna una actividad peligrosa que genera un riesgo grave para su salud o para su gestación, al omitir las obligaciones de protección y prevención que le competen<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 221.

<sup>71</sup> En esta Sentencia y en la STC 160/2007, el TC ha precisado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” “aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración de derecho fundamental, sino tan solo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma”.

La doctrina es particularmente significativa, puesto que reconoce de alguna manera una expectativa de actuación a la persona del trabajador en aquellas situaciones de riesgo cierto en que el empresario no toma las medidas particulares para proteger la integridad física de la persona del trabajador. Con todo, la doctrina constitucional presenta perfiles todavía oscuros e inciertos, puesto que no parecen suficientemente delimitados los términos de omisión de las medidas de seguridad susceptibles de integrar el supuesto de vulneración del derecho fundamental a la vida e integridad física ex art. 15 CE.

5.-En clave activa o de expectativa de prestación, se ha producido asimismo la admisión por la doctrina constitucional de otro derecho fundamental en el marco de la relación laboral, cual es el derecho a la conciliación de responsabilidades. La jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional ha considerado que tal derecho pertenece al ámbito de la tutela antidiscriminatoria, como derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales o familiares.

Así, en la STC 26/2011, el Tribunal Constitucional obliga a otorgar tratamiento de derecho fundamental al derecho de conciliación, por su estrecha vinculación a los art. 14 y 39 de la Constitución, dando, así, trascendencia constitucional a un derecho, en principio, de configuración legal o convencional.

Se analizaba el caso de un trabajador, padre de dos hijos menores, al que se había denegado el turno de noche en la residencia de educación especial donde trabajaba. El trabajador había invocado el derecho a la igualdad para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar. El Tribunal considera violado el referido derecho por no haber considerado los órganos judiciales si la denegación de la pretendida asignación del horario nocturno resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios. Se reprocha, en definitiva a los órganos judiciales, el haber denegado la asignación de horario nocturno analizando con estrictos criterios de legalidad ordinaria sin la debida ponderación de derechos fundamentales.

Esta sentencia ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que el derecho a la conciliación de responsabilidades emerge directamente de la Constitución, sin que se agote necesariamente en el alcance que a la misma quiera dar la legislación ordinaria, admitiendo a la vez (un tanto contradictoriamente) que los derechos de conciliación de baja intensidad como el derecho a la adaptación de la jornada del art. 34.8 ET “no elevan su intensidad aplicativa más allá de lo que sugiere su estricta literalidad”<sup>72</sup>.

Sin negar el carácter progresivo y avanzado de la doctrina, ha de considerarse, a mi juicio, extremadamente ambigua. La interpretación aportada por la sentencia no ha sido suficiente para disipar las incertidumbres acerca del alcance de la aplicabilidad directa de este derecho fundamental.

Se ha de recordar que en otra sentencia anterior, la STC 24/2011, una pretensión parecida (trabajadora madre de familia monoparental que solicitaba la adscripción permanente a un turno de mañana por considerarlo más idóneo para el cuidado de su hijo) fue desestimada sobre la base de entender que la petición de la recurrente estaba condicionada por los “*términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquella*”. Es verdad que, a diferencia de la STC 26/2011, en este otro supuesto, la pretensión carecía de amparo convencional ya que el art. 34.8 ET condiciona la adaptación de la jornada a su previa previsión en convenio colectivo o pacto y no había previsión en el convenio ni se había llegado a pacto alguno con el empresario, pero tenía, en todo caso, la cobertura del art. 14 CE. Al igual que en el supuesto de la STC 26/2011 bien podía haber sido considerado una discriminación por razones familiares<sup>73</sup>.

La determinación de un derecho fundamental no puede hacerse depender de la propia configuración legal o convencional, pues entonces es el legislador el que decide sobre la existencia de ese derecho fundamental. Si el derecho a la conciliación de

---

<sup>72</sup> AMPARO BALLESTER, M.: “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, pág. 86

<sup>73</sup> Sobre las referidas Sentencias vid.: CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Comentario a las Sentencias del tribunal Constitucional 24 y 26/2011, de 14 de marzo”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2011; GARCÍA RUBIO, M. A.: “Nuevas aportaciones de la jurisprudencia constitucional en materia de conciliación de la vida laboral y familiar: el reconocimiento de la discriminación por circunstancias familiares y disparidad de criterios respecto a derecho de adaptación de jornada”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2011.

responsabilidades forma parte de los presupuestos del art. 14 CE, los argumentos a decidir deben estar fuera de la ley, del convenio colectivo o del pacto.

## B) EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS NEGATIVOS DE INMUNIDAD O DE EXCLUSIÓN

Con relación a los derechos que se sustancian en una facultad negativa de inmunidad (“libertad contra” o “derechos frente”), el trabajo reestructivo realizado por el TC es también de una enorme relevancia. Se ha ido gradualmente articulando y enriqueciendo un conjunto de posiciones jurídicas que sancionan la progresiva afirmación de los derechos del trabajador frente a posibles actos de injerencia de la empresa. La realidad de esta trayectoria puede contrastarse en las siguientes manifestaciones:

1. Dentro del núcleo originario del derecho a la intimidad, entendido como facultad de “abstención de injerencias por parte de otro” o pretensión de exclusión de cualquier forma de conocimiento intrusivo y de divulgación ilegítima de los aspectos más personales y reservados de la persona humana (SSTC 142/1993, 202/1999 y 241/2012), vemos encuadrarse diversos intereses jurídicos del trabajador, tutelados frente a la esfera de autonomía y poder de organización de la empresa.

Un número importante de reconocimiento de estos intereses se ha producido en el ámbito del empleo empresarial de las nuevas tecnologías de control e información en la organización de la empresa y en la gestión de los recursos humanos. El Tribunal ha realizado diversos actos de proclamación de la intimidad como garantía de la libertad y posibilidades de autorrealización del trabajador en el contrato. Así, ha reconocido el derecho a impedir la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones mediante una vigilancia microfónica (STC 98/2000), el derecho a la captación de las imágenes mediante cámaras de vídeo, exclusivamente en función de la idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad de la medida a los objetivos legítimos de la empresa (STC 186/2000); el derecho a una expectativa de confidencialidad y de privacidad de la información en el control empresarial de los medios informáticos propiedad de la empresa, según las condiciones de puesta a disposición, especialmente

en el caso de la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores o a las entidades sindicales ( SSTC 241/2012 y 281/2005), aunque en este punto la jurisprudencia constitucional registra alguna oscilación o incertidumbre, ya que la STC 170/2013, de 7 de octubre -que impide albergar una expectativa razonable de privacidad cuando se está ante el simple hecho del establecimiento en el convenio colectivo de prohibición de la utilización de los medios informáticos para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral- presenta alguna vertiente polémica que comentaré más adelante.

En el ámbito del *ius excludendi* de la intimidad (art. 18.1 CE), se sitúan asimismo otros intereses del trabajador reconocidos por el Tribunal Constitucional como dignos de tutela: a saber, el derecho a la protección contra el acoso sexual en el ámbito laboral (“*comportamientos de significado libidinoso que no sean aceptados por la persona destinataria del mismo*”), por considerarlo como un atentado a una parcela tan reservada de la esfera personalísima como es la sexualidad (STC 224/1999); o el derecho a respetar el deseo de la mujer a mantener oculto su estado de embarazo si así lo desea, en tanto que el estado de embarazo pertenece a la esfera más íntima de la persona (SSTC 92/2008 y 124/2009).

La doctrina constitucional ha reconocido en el ámbito laboral otro valor plenamente asumido como algo inherente a la intimidad, cual es el relativo al estado de salud (STC 196/2004). El derecho a la intimidad personal del art. 18 CE alcanza, entre otros componentes, a autonomía de la persona del trabajador para someterse o no a los reconocimientos médicos permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales, y para oponerse a reconocimientos médicos ajenos a la finalidad de la vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. El principio se conecta directamente con la obligación de información previa, de forma que el trabajador debe ser expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad, al tiempo de otorgar su consentimiento.

Otro principio importante que emerge de esta conexión constitucional de la intimidad y salud se refiere a la necesidad de respeto a la confidencialidad. El Tribunal Constitucional ha incorporado al ámbito de protección del derecho a la intimidad del trabajador el derecho a impedir la divulgación o cesión no consentida de los datos

médicos: así, califica de intromisión ilegítima la resolución administrativa que acuerda la jubilación forzosa por incapacidad permanente de un profesor de enseñanza secundaria como consecuencia de la incorporación al expediente administrativo de un informe médico emitido por su psiquiatra particular (STC 70/2009) y en otro la decisión de excluir del proceso de selección a un policía tras un intercambio de datos entre Administraciones Públicas (Academia de Policía Vasca y el Ayuntamiento de San Sebastián) sin consentimiento ni conocimiento del interesado (STC 159/2009).

2.- En la jurisprudencia constitucional, ha ido consolidándose asimismo un derecho fundamental al control sobre los propios datos al amparo del artículo 18.4 CE, que se sustancia en una facultad de oposición, que puede actuarse frente al empresario en el ámbito laboral.

De la defensa del núcleo básico de la intimidad entendida como pretensión de no injerencia de terceros, se ha evolucionado hacia una nueva dimensión existencial de la persona, que supone reconocer un derecho de autodeterminación informativa, que faculta a la persona a mantener el poder de disposición sobre el patrimonio informativo.

Esta línea evolutiva ha ido forjándose a través de las SSTC 254/93, 143/94, 11/98, 94/98, 202/99, y muy en particular, las sentencias SSTC 290/2000 y 292/2000. En la anteúltima, se afirma que el precepto constitucional contiene un instituto de garantía del derecho a la libertad informática, que se identifica con *“el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos”*, incorporando al ámbito material tutelado por el derecho fundamental facultades relacionadas con el derecho activo de control de datos no encuadrables en la dimensión negativa del derecho a la intimidad.

La protección de datos de carácter personal se configura, de este modo, como la vertiente activa del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, de manera que, mientras el *“derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, (...) el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos”*, atribuyendo *“a su titular un conjunto de*



*poderes o facultades, que se traducen en auténticos deberes para aquellos que utilizan sus datos” (STC 254/1993).*

Así, aunque ambos comparten *“el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar” (STC 292/2000)*, el derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa se configura como un derecho independiente y autónomo en nuestro sistema constitucional, deslindado del derecho a la intimidad, que se traduce en un poder de disposición y control de los propios datos personales

Ese poder se concreta en el derecho de la persona *“a que se requiera con carácter general, el propio consentimiento para la recogida y uso de los datos personales; el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de los mismos; y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos” (STC 254/1993)*; o como se ha precisado en la STC 292/2000, en la facultad *“para decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, permitiendo también al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”*.

El recurso a las potestades del derecho a la protección de datos ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional para deslegitimar ciertas prácticas empresariales de tratamiento de datos personales del trabajador sin consentimiento del trabajador. En la sentencia TC 94/1998 se excluyó que el dato personal de la afiliación sindical pudiera ser utilizado para detraer haberes a los trabajadores que habían participado en una huelga promovida por su sindicato. Asimismo, en la Sentencia TC 202/1999, se consideró ilegítimo, también por desproporcionado, que una entidad colaboradora de la Seguridad Social hiciera acopio en soporte informático de diagnósticos médicos del trabajador sin mediar consentimiento de éste.

Con todo, la decisión más significativa en esta materia se ha producido recientemente con la Sentencia TC 29/2013 respecto de la utilización de las cámaras de video para el control del cumplimiento de la actividad laboral. El TC ha rechazado la prueba de videovigilancia aportada por considerar lesiva del derecho fundamental a la protección de datos, al no haberse informado a los trabajadores de la finalidad de

control de la actividad laboral a la que podía servir la grabación y, en consecuencia, ha declarado la nulidad de la sanción impuesta a un trabajador por sus ausencias injustificadas del lugar de trabajo.

Es de extremo interés esta sentencia porque supone un cambio de perspectiva notable en el enjuiciamiento de este tipo de conflictos. El criterio dirimente utilizado hasta la fecha consistía en el principio de proporcionalidad; que comportaba un análisis de la medida de instalación de las cámaras desde la perspectiva de idoneidad para la finalidad pretendida por la empresa, necesidad y estricta proporcionalidad en relación con los objetivos de la empresa (STC 186/2000). En la recién dictada sentencia, el centro de la valoración se sitúa, sin embargo, en otro elemento distinto, en concreto, la información previa, en atención a que la video-vigilancia implica tratamiento de datos personales y resulta, por ende, aplicable la normativa de protección de datos personales. Tal solución supone la admisión de los principios de protección de datos como canon de enjuiciamiento constitucional de una medida restrictiva que comporte tratamiento de datos personales del trabajador.

3. El derecho al honor y a la propia imagen han constituido también valores privilegiados que han merecido la tutela del Tribunal Constitucional en el ámbito laboral frente a ataques o limitaciones innecesarias impuestas por el empresario. Dentro de un marco de garantía de la expectativa de inmunidad del trabajador, y sobre el derecho al honor, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la crítica o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional o laboral de una persona pueden constituir un ataque a su derecho al honor cuando *“exceda de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona”* (SSTC 223/1992, 180/1999).

Por otra parte, en relación con la propia imagen (art. 18 CE), ha reconocido que el trabajador tiene derecho a impedir que otros capten la propia imagen, al objeto de salvaguardar 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 personal imprescindible para su propio reconocimiento como individuo”. Dicha

declaración se realiza en un supuesto de despido de trabajador por desobedecer la orden empresarial de comparecer ante los medios de comunicación (cámaras de televisión) en un acto público de promoción del jamón de bellota para una demostración de corte y despiece del producto, lo que fue declarado nulo por el TC por vulneración de su derecho a la imagen.

4. El papel de recreación de la doctrina constitucional desde una vertiente de *ius resistentiae*, (utilizada la expresión en sentido metafórico) se ha producido también, como se ha señalado anteriormente, con relación a la protección de la libertad religiosa.

Interpretando el 16.3 CE en clave negativa de que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, y deduciendo de ello la obligación implícita del Estado de neutralidad frente a la religión, se ha llegado a excluir que el Estado pueda imponer a sus empleados la participación activa o pasiva en actos o celebraciones religiosas. En tal sentido, la STC 177/1996 juzgó contraria a la libertad religiosa la obligación impuesta a un militar por Orden General extraordinaria del General Jefe de la Región Militar de Levante, de asistencia a una procesión o parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados, en unos actos de homenaje de las Fuerzas Armadas. De igual modo, la STC 101/2004 consideró un acto ilegítimo la obligación impuesta a un Policía Nacional de participar en la compañía de honores de ese cuerpo funcional en la procesión de una hermandad de Málaga<sup>74</sup>. Tal libertad religiosa del trabajador no se afirma solo frente al Estado y al ámbito de la función pública. Se proclama igualmente frente al empresario privado cuando exige al trabajador una identificación religiosa. Según el art. 16.1 CE, “nadie podrá ser obligado a profesar una ideología, religión o creencias”, por lo que cualquier empresario debe mantener un respeto y tolerancia hacia los trabajadores que tienen convicciones y creencias diferentes

---

<sup>74</sup> En ambas sentencias se da por supuesto que una procesión o una parada militar en honor de la Virgen es un acto religioso. No obstante, se añade en la STC 177/1986 que el “art. 16.3 no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas”; declaración que ha sido severamente criticada por la doctrina, por cuanto la organización y participación en actos de este tipo “implican una evidente violación de la neutralidad como componente esencial de la laicidad del Estado (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: “Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI”, en AA. VV.: *Estado y religión en la Europa del siglo XXI, Actas de las XIII Jornadas de las Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pág. 76)”, “una actuación estatal prohibida por el artículo 16.3” (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: “El Estado aconfesional o neutro como sujeto religiosamente incapaz. Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE”, en AA. VV.: *Estado y religión en la Europa del siglo XXI, Actas de las XIII Jornadas de las Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2008, pág. 125).

Sin embargo, se admite que los términos de ponderación del derecho a la libertad religiosa de los trabajadores no han de ser los mismos cuando se trata de empresas de tendencia<sup>75</sup>. En consecuencia, puede exigirse al trabajador una identificación o una mayor implicación con los postulados ideológicos del centro, siempre que constituyan una exigencia organizativa del mismo. Ahora bien, la modulación del derecho debe quedar fundamentalmente circunscrita a las tareas propiamente ideológicas del centro, sin que el ideario del centro se pueda extenderse de forma incondicionada a todos los puestos de trabajo (STC 106/1996).

La limitación de los derechos de los trabajadores se ha verificado de manera especialmente incisiva en el supuesto de los profesores religión no recontractados por inidoneidad sobrevenida para impartir la enseñanza en atención a sus decisiones privadas. Debe notarse que, en virtud del Acuerdo entre el Estado español y la Santa sede de 1979, la designación las personas que han de impartir la enseñanza religiosa, cada año escolar, corresponde a la autoridad académica a propuesta del “ordinario diocesano”. Y ha ocurrido que a algunos no se les ha contratado, ya sea por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado – supuesto analizado en la STC 38/2007- o ya sea por haber dado publicidad a su condición de sacerdote casado y padre de cinco hijos y por su pertenencia al movimiento pro celibato opcional – supuesto enjuiciado en la STC 128/2007. Para el Tribunal, la *“Constitución permite que (el juicio de idoneidad) no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”* (STC 38/2007). En definitiva, se considera relevante la conducta del profesor para la adecuada transmisión del perfil

---

<sup>75</sup> Sobre el tema vid. CALVO GALLEGO, F. J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

religioso propio de la confesión religiosa, lo que supone una importante limitación de sus derechos.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de matizar la doctrina expuesta, dejando claro que la decisión de la autoridad religiosa puede ser objeto de control judicial, en términos de si resulta convincente desde el punto de vista de la razonabilidad o ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Así lo ha hecho en la Sentencia TC 51/2011, donde se entra en la ponderación realizada por la autoridad religiosa y se rechaza que el hecho de haber contraído matrimonio civil con una persona divorciada fuera causa suficiente por sí sola para decretar la inidoneidad sobrevenida de la aspirante para impartir la enseñanza de religión. Este control judicial parece necesario, porque lo contrario llevaría a conceder legitimidad a cualquier juicio valorativo de la autoridad religiosa sobre la conducta del profesor.

#### **IV.- TÉCNICAS JURÍDICAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y LA LIBERTAD DE EMPRESA (CLAROSCUROS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)**

La perspectiva abierta por el Tribunal Constitucional sobre la interiorización de los referidos derechos fundamentales en la relación de trabajo suscita una cuestión importante acerca de la composición de los intereses en conflicto. Se ha visto cómo la dimensión que han adquirido los derechos fundamentales en la relación de trabajo posee un carácter de límite interno; que se articula, bien mediante acciones positivas de ejercicio de derechos fundamentales que han de ser toleradas por la empresa, o bien mediante prohibiciones o límites al libre desarrollo de la actividad empresarial, que suponen un “verdadero orden público constitucional”<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”, cit. pág. 216.

Ahora bien, esa interiorización no implica en modo alguno una “inversión de la asimetría”<sup>77</sup> de la relación laboral, que conduzca a justificar en cualquier hipótesis la prevalencia de los derechos fundamentales frente a los intereses empresariales. Para el TC los derechos fundamentales “*han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica*” (STC 177/1988). No pueden invocarse para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas (STC 6/1988).

La Jurisprudencia constitucional no hace, así, “un entendimiento de prevalencia jerárquica por razón de rango” de los derechos fundamentales, “sino una operación de delimitación de sus ámbitos de actuación respectivos”<sup>78</sup>. Aunque en ocasiones se alude a “*la posición preeminente de los derechos fundamentales*”<sup>79</sup>, no se trata de establecer jerarquías sino “*de conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajusta más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente*” (STC 320/1994)<sup>80</sup>.

Así las cosas, surge la necesidad de analizar y ver cuáles son esas “reglas de conflicto” con que se valora la justificación y la razonabilidad de la preferencia o exclusión de uno de los dos derechos o intereses en conflicto.

Se trata de un problema complejo, no resuelto de forma clara en la jurisprudencia constitucional. Las técnicas de solución en que se articula el pretendido equilibrio de intereses por la jurisprudencia, oscilan entre el juicio comparativo y el principio de proporcionalidad, sin que falten argumentos contractuales al estilo del

---

<sup>77</sup> LEVADE, A.: “Regard constitutionnel sur l’exercice des libertés individuelles dans les relations de travail en France”, AA.VV (Dir. AUVERGNON, P.) *Libertés individuelle et relations de travail: le possible, le permis et l’interdit? Éléments de droit comparé*, Université Monstequieu- Bordeaux IV, Presses Universitaires de Bodeaux, 2011, pág. 266

<sup>78</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o proporcionalidad?) y principio de buena fe”, cit. pág. 1.

<sup>79</sup> El TC se refiere a la “posición preeminente” de los derechos y libertades en cuanto “proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona”, por ejemplo, en la STC 20/2002.

<sup>80</sup> DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pág. 42.

deber de buena fe. En bastantes ocasiones el Tribunal remite la resolución del conflicto, no a la ponderación de intereses enfrentados, sino más sencillamente a las pautas y obligaciones contractuales.

Debe señalarse que la delimitación entre el “juicio comparativo” y el “principio de proporcionalidad” no es tan nítida. Se cuestiona incluso si se trata de dos técnicas distintas. Un sector de la doctrina, parte de una consideración diferenciada de tales técnicas, al afirmar que el “juicio de proporcionalidad es o puede ser más estricto que el de ponderación, al serlo no solo de adecuación, sino también de necesidad”<sup>81</sup> Sin embargo, para otro sector de la doctrina vienen a ser una misma cosa, puesto que “la ponderación expresa, en realidad, un juicio de proporcionalidad, que es el que permite establecer la preferencia en cada caso”<sup>82</sup>.

A mi juicio, se trata de dos técnicas distintas, cada una con una operatividad propia. La distinción entre juicio de comparación y el principio de proporcionalidad radica en el peso específico de los derechos invocados. No todos los derechos fundamentales expresan el mismo valor. El contenido lícito de algunos derechos puede tener una trascendencia mayor al ser portadores de otros intereses o estar dotados de una relevancia especial y, en consecuencia, pueden conformar un núcleo más resistente al choque con otros bienes o derechos constitucionales. Es el caso por ejemplo del derecho de información.

Así, cuando concurren derechos que parten de una posición preferente o “situación preeminente”<sup>83</sup>, el conflicto debería resolverse atendiendo al juicio de comparación<sup>84</sup>. En cambio, cuando no hay un núcleo preferente y se opera con derechos equiparados (con independencia de cuál sea la posición nominal en la Constitución), no habría problema para resolverlo mediante el juicio de proporcionalidad. Así las cosas,

---

<sup>81</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o proporcionalidad?) y principio de buena fe”, cit. pág. 3.

<sup>82</sup> DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit., pág. 42: “(...) los conflictos entre derechos constitucionales se resolverán, en gran medida, mediante la ponderación, a través de un juicio de proporcionalidad en sus tres elementos –idoneidad, necesidad o intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto- (...)”

<sup>83</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa y de procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 173.

<sup>84</sup> El juicio de ponderación operaría como un mandato de optimización. Vid. ALEXANDER, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 86 y ss.

la clave podría estar en si la significación constitucional del derecho otorga una posición singular a tal derecho o no.

En todo caso, la tendencia que se observa en la línea de enjuiciamiento desarrollada por el TC, es que el conflicto se sustancia de distinta manera según que la colisión se produzca como consecuencia de una posición activa del trabajador o que nazca de una posición defensiva del trabajador pretendiendo hacer valer su derecho frente a una decisión empresarial limitativa de sus derechos.

Cuando se trata de derechos de contenido positivo, la jurisprudencia constitucional se sirve preferentemente del juicio de ponderación, salvo en el caso de los derechos que se sustancian en expectativas de pretensión en que se intenta resolver desde una perspectiva contractual, haciendo normalmente poco viable la expectativa del trabajador. En cambio, cuando se trata de derechos fundamentales de contenido limitativo o excluyente, el TC recurre habitualmente al principio de proporcionalidad.

Aun sin desconocer que los referidos métodos de resolución han contribuido eficazmente a la resolución del problema del enjuiciamiento de los derechos e intereses en conflicto, no ha de pasarse por alto que presentan todavía algunas limitaciones respecto del grado de concordancia óptima entre los mismos, por lo que pasaré a continuación a considerar algunos puntos críticos.

#### A) JUICIO DE PONDERACIÓN

En el conflicto derivado del ejercicio en posición activa de derechos fundamentales por el trabajador normalmente se acude –como se acaba de indicar- al juicio de ponderación, aunque pocas veces se aprecia un valor superior sobre otros derechos fundamentales y se parte de un reconocimiento de preferencia, que es el presupuesto de aplicación de dicho método.

Como confirmación se puede citar el criterio aplicado a los derechos de libertad de expresión y de información. El análisis de la legitimidad del ejercicio de tales derechos en el seno de la relación laboral se lleva a cabo de acuerdo con una doble operación de enjuiciamiento: primera, la comprobación de ejercicio legítimo del



derecho fundamental, en su propia sustancia, atendiendo únicamente al contenido y a las limitaciones generales según parámetros constitucionales y, segunda, el examen desde la perspectiva de las limitaciones específicas derivadas del contrato de trabajo<sup>85</sup>.

El doble criterio de enjuiciamiento lo vemos aplicado en la STC 20/2002 en un supuesto de enjuiciamiento de las críticas vertidas por un empleado (Director de sucursal) y a la vez accionista de una entidad financiera, en la Junta General de Accionistas: *“No habiendo excedido las manifestaciones del recurrente en amparo los límites genéricos del derecho de libre expresión, resta examinar si su conducta traspasó los límites específicos que para el ejercicio de dicho derecho en ejecución de un contrato de trabajo se derivan de la relación contractual laboral”*

De acuerdo con tal iter argumental, la primera operación consiste en comprobar la adecuación a los límites generales; así, cuando se trata de la libertad de expresión [art. 20. 1,a) CE], lo que se juzga, en primer lugar, es si el ejercicio de la crítica se realiza sin el empleo de expresiones insultantes, injuriosos o vejatorios y sin ánimo de atentar la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critica (STC 213/2002). Y en el caso del ejercicio de la libertad de información [art. 20.1, d) CE], lo que se valora primero a la hora de determinar la legitimidad del mismo, es el carácter relevante y veraz de la información transmitida, entendiendo por veracidad no tanto la exigencia de una rigurosa y total exactitud de la información, cuanto una conducta diligente del informador y su ajuste a los datos objetivos, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 240/1992)

Superado este filtro, la siguiente operación consiste en analizar el comportamiento observado por el trabajador desde la lógica puramente contractual. En este segundo nivel, la legitimidad de las manifestaciones de libre expresión e información de la persona del trabajador se hace depender mayoritariamente de un criterio propio y específico de la relación laboral, en concreto de la buena fe contractual.

---

<sup>85</sup> Se considera que en el ámbito de las relaciones laborales, el ejercicio de la libertad de expresión se encuentra sometido no solo al límite general de respeto a los derechos constitucionales (honor, intimidad, etc.), sino a los “límites adicionales derivados del vínculo contractual” (STC 56/2008), dado que “manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen que por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación” (SSTC 120/1993, 6/1998 y 56/2008)

El Tribunal razona sobre la adecuación del ejercicio del derecho fundamental a las pautas de comportamiento que se derivan “del principio de buena fe entre las partes del contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo” (SSTC 6/1988). Aquí el condicionamiento o límite lo pone el deber de buena fe, y lo que se toma en consideración es si la acción verbal o escrita sobrepasa o no el ámbito de las relaciones entre empresario y trabajador, si afecta a las relaciones con los clientes y sus familias y si ocasiona a la empresa otra carga distinta de la de soportar las opiniones críticas y las expresiones de malestar de los trabajadores.

La aplicación del principio de la buena fe, que cuenta con importantes detractores en la doctrina científica<sup>86</sup>, no deja de suscitar, sin embargo, problemas aplicativos, que se refieren no tanto al carácter incierto del enjuiciamiento, cuanto a la supeditación de los valores constitucionales a los simples intereses de empresa. El criterio así establecido implica que, se confía a la prudente apreciación del órgano judicial valorar la delimitación del derecho atendiendo a unos condicionamientos que se derivan del contrato de trabajo.

Resulta obvio que el derecho a la libertad de expresión y de información cuando se ejercen en el marco de la relación laboral pueden experimentar restricciones en atención a los intereses de la empresa, pero una cosa es eso y otra distinta individualizar a partir de las exigencias de la buena fe el límite generalizable, que modula dichas libertades constitucionales del trabajador. Con semejante planteamiento, la buena fe, que constituye una guía interpretativa del contrato, se convierte en el “criterio último y máximo de valoración” del ejercicio de los derechos fundamentales<sup>87</sup>, en definitiva, en el confín de los derechos fundamentales.

Por más que el TC se cuide en señalar que el límite adicional del deber de buena fe impuesto por la relación laboral no debe suponer “*la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés*”

---

<sup>86</sup> En contra de la aplicación del límite de la buena fe a los derechos fundamentales se ha manifestado últimamente, OJEDA AVILÉS; A.: “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en el empresa”, cit. págs: 29 y ss. Asimismo, otros, con anterioridad: VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, R.L. nº 8, 1990, pág. 293. BAYLOS GRAU, A.: *El Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 99.

<sup>87</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, R.L. nº 8, 1990, pág. 293.

*empresarial*” (SSTC 120/1983, 186/1996, 213/2002), lo cierto es que la fijación de estándares tales como la mala fe o el *animus nocendi*, o el daño reputacional, derivados de dicho deber, pueden dar al traste con el ejercicio de los derechos fundamentales, como la libertad de expresión e información.

En la propia doctrina constitucional se encuentra algún ejemplo ilustrativo de los resultados poco satisfactorios a que puede conducir la aplicación del principio de buena fe. Quizás el que mejor simboliza es la STC 126/2003 que legitima el despido de un trabajador, afectado por un ERE, que, presentó una denuncia ante la Inspección de Trabajo e hizo posteriormente una serie de declaraciones a diversos medios de comunicación en relación con determinadas irregularidades de su empresa relativas al almacenaje, manipulación y control de calidad de los detonadores por ellos fabricados, después de haber puesto en conocimiento previo de la empresa los hechos denunciados. Es curioso observar en esta sentencia cómo el TC aprecia rigurosamente los elementos subjetivos de la buena fe (el cambio de actitud de la persona cuando se le comunica su condición de excedente, afirmándose que *“la libertad de información se instrumentó al servicio de la satisfacción de sus intereses profesionales más inmediatos”*, o la *“afectación de intereses empresariales, con notable menoscabo de su imagen pública”*) y, sin embargo, no concede relevancia alguna al interés general o público de la información, pese a la trascendencia y la gravedad de los hechos que se estaban denunciando.

Sin perjuicio de que cualquier juicio de ponderación comporta un motivo de incertidumbre, porque siempre concurre un elemento de discrecionalidad en el juicio, el recurso a la buena fe entraña un riesgo más alto de inseguridad y de subjetividad, porque existe el peligro de magnificar el interés de empresa y de contribuir a obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales, reduciendo el juego aplicativo de los mismos en el seno de la relación laboral.

Tratándose del derecho de información, la ponderación debería hacerse teniendo en cuenta su “carácter de libertad-condición para la existencia de otros derechos” y, por ello, su particular trascendencia<sup>88</sup>. El orden ponderativo de intereses en estos casos debe

---

<sup>88</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa y de procesos por difamación*, cit., pág. 171.

ser distinto del que deriva de la buena fe porque estos derechos garantizan otros intereses de la máxima relevancia como “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’ (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España & 42 y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España & 43)” (STC 20/2002), así como, en su caso, el de la representación y defensa de los intereses de los trabajadores. La información puede trascender “el puro círculo económico privado, por revestir un interés para la sociedad, concretada bien en los clientes de la empresa, bien en la comunidad vecinal o en el público en general”<sup>89</sup> y tener relevancia pública. De aquí deriva, como una consecuencia obvia, la “posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1,d CE) (STC 159/1986), lo que lleva inexorablemente aparejada una restricción de los límites contractuales del deber de buena fe. El interés general confiere un plus de protección a los derechos de los trabajadores, y se convierte en un factor de neutralización de los exigentes requisitos del deber de buena fe contractual, reforzando la posición de los trabajadores y sus representantes en perjuicio de la empresa.

Dicha lógica no resulta completamente extraña a nuestra doctrina constitucional, porque, aun manteniendo la filosofía anterior, el TC ha efectuado en ocasiones valoraciones como la aquí propuesta, otorgando un tratamiento reductivo a las implicaciones contractuales y a la buena fe cuando se topa con la existencia de un interés general, sea en el seno de la Administración o empresa pública o en la empresa privada. Dicha lógica la vemos aplicar, por ejemplo, en la STC 143/1991, en relación con las declaraciones efectuadas por un funcionario de prisiones sobre irregularidades detectadas en el interior de un establecimiento penitenciario; y en la STC 57/1999, a propósito de la denuncia pública hecha por un Inspector de vuelos sobre diversas irregularidades en las condiciones de las aeronaves propiedad de una empresa como en la actuación de los responsables de Aviación Civil sobre inspección de aquellas. En estos supuestos, la jurisprudencia ha prestado especial atención al interés general de la materia sobre la que versan las referidas manifestaciones, otorgando prevalencia sobre el interés de la empresa, hasta el punto de afirmar que “*aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales,*

---

<sup>89</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Derecho del trabajo. Nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 122.

*no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador”<sup>90</sup>.*

## B) ACOMODACIÓN RAZONABLE

Situados ahora en otra perspectiva, en el tipo de conflictos que pueden surgir cuando el trabajador hace valer los derechos fundamentales en su dimensión de *agere licere*, pretendiendo no ya solo mostrar sus ideas sino demandar de la empresa una expectativa de prestación, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional es - como señalaba antes- a aplicar una clara lógica contractual como método de resolución de conflicto y, en consecuencia, a no reconocer derechos que constituyan la imposición de modulaciones del contrato o cargas para el empresario.

Al menos hasta fechas recientes, ha sido una constante jurisprudencial “la imposibilidad de que el trabajador exija al empresario, en razón del respeto a los derechos fundamentales del trabajador modificación alguna del contrato ni de los planes organizativos de aquél”<sup>91</sup>. La muestra más evidente la tenemos en la STC 19/1985 y la STC 129/1989, referidas una a la libertad religiosa y la otra al derecho a la educación.

En la STC 19/1985, como ya se ha tenido ocasión de comentar, se debatía si la denegación por una empresa de un cambio de día de descanso, solicitado por una trabajadora a fin de poder cumplir sus deberes religiosos, comprometía de alguna manera su libertad religiosa. La recurrente había dejado de acudir al trabajo un sábado a raíz de su conversión a la nueva fe (Iglesia Adventista del Séptimo día) que impone la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes hasta la del sábado, por lo que fue despedida. El Tribunal no apreció en la denegación empresarial de la pretensión de la trabajadora de adaptación del descanso semanal a las exigencias derivadas de su nueva religión, nada contrario a la libertad religiosa, puesto que no había habido por parte de

---

<sup>90</sup> En la STC 1/1998 se afirma: “(...) en tanto en cuanto el contenido de la expresión se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, por tanto, la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información queda notablemente difuminada. Dicha conclusión se refuerza particularmente cuando el comunicante, por su directo conocimiento de los hechos relevantes para la adecuada prestación del servicio público, se encuentra especialmente capacitado para formular denuncias que coadyuven eficazmente al interés de eliminar fraudes o abusos en la prestación del servicio público”

<sup>91</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 313.

la empresa “*actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa*”, declarando que “*el otorgamiento de un descanso supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición del empresario*”<sup>92</sup>.

Por su parte, en la STC 129/1989, se planteaba si un empleado, a raíz de la supresión del turno fijo de noche y el establecimiento de un turno rotatorio de mañana tarde y noche, podía exigir a su empresario, al amparo del derecho de educación del art. 27.1 CE, su asignación al turno de noche para la prosecución regular de sus estudios de Derecho en una Universidad. El TC desestimó la pretensión del trabajador considerando que no se está ante una limitación de un derecho, sino ante la denegación de una pretensión suya tendente a obtener un derecho y también una ventaja, como extraíble directamente de un derecho de libertad<sup>93</sup>.

Como se puede ver, en ambas resoluciones se impone una clara visión contractual. Por encima del valor o importancia de los derechos fundamentales invocados, hay una clara subordinación del ejercicio de los mismos a la autonomía organizativa del empresario. Del estándar asumido por el TC en las dos referidas sentencias, se desprende que el derecho fundamental de acción positiva en su vertiente de expectativa de prestación no puede hacerse valer si constituye un factor de alteración del régimen contractual. Los derechos de acción positiva no autorizan a exigir a la otra parte, cambios en el entramado de obligaciones derivadas de la relación laboral, lo cual denota su escasa vigencia en este plano.

---

<sup>92</sup> Sentencia comentada críticamente por VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo*, R.L. Tomo II, 2004, págs. 97 y ss. ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit. págs. 315 y ss.

<sup>93</sup> Añade, además, la referida STC 129/1989: “*Desde el art. 27.1 de la Constitución no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia hasta el punto de que de no hacerlo, el derecho fundamental a la educación del trabajador sufriría un padecimiento que, de no ser reparado jurisdiccionalmente, podría someterse a conocimiento de este Tribunal en sede de amparo. Entenderlo así sería tanto como desplazar sobre el empleador la carga prestacional del derecho a la educación que solo sobre los poderes públicos pesa, y hacer responsable a aquél del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental, que solo a éstos corresponde, convalidando, en fin, el derecho fundamental a la educación en una imprevisible cláusula justificativa del incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, cualesquiera que sean las medidas organizatorias que el empleador considere pertinente implantar, sustituyéndolas por otras hipotética e inaceptablemente derivadas de la norma constitucional que reconoce el derecho a la educación*”

No obstante, es preciso anotar algunas novedades que se han registrado en la jurisprudencia más reciente a propósito de tales derechos. En sentido contrario, algunas decisiones últimas han reconocido el carácter legítimo de tales proposiciones, sin que se sepa a ciencia cierta si han venido a inaugurar en la doctrina del Tribunal Constitucional una nueva etapa revisionista de la expuesta visión contractualista de los derechos fundamentales.

Por orden de aparición, debe traerse a colación, en primer lugar, la STC 281/2005 donde se discutía el derecho de los trabajadores -o, mejor dicho, del sindicato, con lo que estaríamos más bien ante el ejercicio de un derecho fundamental inespecífico por un sujeto colectivo- a transmitir información sindical o laboral a los trabajadores, utilizando los medios informáticos de comunicación e información de la empresa, señaladamente el correo electrónico. El TC reconoce el derecho a transmitir información sindical a través de vías telemáticas, siempre que la empresa cuente con tales infraestructuras, si bien no en el marco de la libertad de información, sino en el de la libertad sindical (art. 28.1 CE), aunque sometido a unos límites; a saber: no perturbar la actividad normal de la empresa, no perjudicar la finalidad productiva de la herramienta informática, y no ocasionar mayores gravámenes ni costes para el empresario<sup>94</sup>.

Por otra parte, debe mencionarse la STC 26/2011, anteriormente comentada, en que se aborda el derecho de un trabajador padre de dos hijos menores a exigir a la empresa una modificación de sus condiciones de trabajo, en concreto la asignación al turno de noche, para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar. El Tribunal accede al amparo solicitado desde la perspectiva del derecho fundamental a la no discriminación por “circunstancias personales o sociales, en la medida en que considera

---

<sup>94</sup> Sobre la sentencia vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La regulación, mediante códigos, del uso y control de los medios informáticos y de comunicaciones puestos a disposición del trabajador y de las secciones sindicales”, cit, págs. 393 y ss. ROQUETA BUJ, R.: “El uso sindical de los sistemas de comunicación electrónicas de las empresas. A propósito de la STC de 7 de noviembre de 2005”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2006, págs. 268 y ss; SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre”, *Aranzadi Social*, nº 17, 2005; CUENCA ALARCÓN, M.: “La recepción de información sindical a través de medios informáticos en la empresa”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2009, págs. 230 y ss., TASCÓN LÓPEZ, R.: “El correo electrónico como cauce para distribuir información sindical”, *CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 276, 2006. MORENO DE TORO, C.: “Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato”, *Temas Laborales*, nº 82, 2005.

que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral.

De esta nueva orientación adoptada por el Tribunal Constitucional, surgen dudas sobre si ya es posible configurar un derecho positivo a reclamar una modificación de las condiciones de trabajo al amparo de un derecho fundamental. Desde luego, no cabe duda de que, de haberse analizado desde el argumento clásico o según la visión contractual o privatista de los derechos fundamentales, esas peticiones no hubiesen resultado atendidas por suponer una alteración de las condiciones organizativas. Y si ello no se ha producido, es porque ha querido prestar una mayor consideración a los derechos fundamentales y a sus efectos sobre las implicaciones contractuales. Parece correcto deducir que la consecuencia práctica de estas resoluciones es que los derechos limitan el poder empresarial y pueden ser utilizados para imponer a esta otra parte las modificaciones contractuales, aunque no son pocos los problemas de aplicación abiertos en relación con el alcance de los gravámenes o perjuicios que debe soportar el empresario.

Se puede decir, en suma, que la lógica contractual ha perdido parte del carácter central que poseía en el pasado o, al menos, que se abre una nueva tendencia a considerar aplicables los derechos positivos de expectativa de prestación en el ámbito laboral, a la espera de una confirmación más clara y reflexiva.

Esta línea recién inaugurada por el Tribunal Constitucional de posible limitación de las manifestaciones de empresa por el juego de los derechos fundamentales de los trabajadores, con resultados prácticos aun incipientes o modestos, es posible desarrollarla un poco más, si se integran otras operaciones interpretativas, que pueden conducir a una mayor racionalización y a un mayor grado de equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y los intereses de la empresa.

En tal sentido, no puede dejar de auspiciarse aquí el estándar de actuación de la “adecuación razonable”, acuñado por la jurisprudencia estadounidense (“*reasonable accomodation*”), que se viene aplicando también en algunos otros países como



Canadá<sup>95</sup>, a propósito precisamente del derecho activo a la libertad religiosa ejercido por el trabajador. En distintas ocasiones los Tribunales de dichos países han recurrido a este estándar de actuación para posibilitar la compatibilidad de la necesidad del trabajador de respetar sus fiestas religiosas y el buen funcionamiento de la empresa.

Este criterio es distinto del cumplimiento voluntario por parte del empresario, que admite nuestro TC; pues supone algo más que posibilitar el ejercicio del derecho activo del trabajador en la medida que no perjudique los intereses de la empresa. Implica el deber de “buscar un arreglo o acuerdo que suponga una *adecuación razonable*”<sup>96</sup> de la actividad y funcionamiento de la empresas a las creencias y prácticas religiosas de los trabajadores. Ello se concreta en la obligación de la empresa de facilitar el libre ejercicio de su derecho, modificando las condiciones contractuales del trabajador, sin que ello provoque a la empresa un “perjuicio excesivo” (“*undue hardship*”). La “adecuación razonable” ha de conjugarse, por tanto, con “el perjuicio excesivo”, de forma que, solo si existiese un perjuicio excesivo, quedaría dispensada la empresa de cumplir la obligación de adecuación razonable entre la organización del trabajo y las prácticas religiosas de los trabajadores.

El principio viene así matizado por un límite (perjuicio excesivo) que desempeña un papel indiscutible en la modulación y exoneración de las obligaciones laborales a ciertos trabajadores. Se trata de un concepto jurídico abierto que conlleva un cierto grado de indeterminación jurídica. Al respecto, la jurisprudencia canadiense ha deducido como indicios de apreciación del “perjuicio excesivo”, el coste económico excesivo, la intercambiabilidad o facilidad con la que los efectivos y las instalaciones se pueden adaptar a las circunstancias, o el riesgo para la seguridad. Y, en sentido inverso, ha descartado como indicios de contrapeso empresarial para restar operatividad

---

<sup>95</sup> TRUDEAU, G.: “Libertés individuelles et relations de travail: un point de vue canadien”, op. cit., pág. 260 y ss. PALOMINO LOZANO, P.: *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos*, R.E.D.T., 1991, nº 51, págs. 908 yss.

<sup>96</sup> GARCÍA-PERROTE, I., MERCADER UGUINA, J.: “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, AA. VV. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.) *El modelo social en la Constitución de 1978*, cit. pág. 271. Vid. asimismo: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, cit., pág. 220; REY GUANTER, S.: “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”. AA. VV.: *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, págs. 49-50.

al mismo, factores como la simple comodidad administrativa, las preferencias de la clientela, o el temor a crear un precedente<sup>97</sup>.

Considero de enorme interés incorporar este estándar de actuación a nuestro ordenamiento a fin de ofrecer un adecuado tratamiento a la cuestión relativa a discernir en qué medida un derecho fundamental de acción positiva, que implica modificación del régimen organizativo del trabajo, puede ser ejercitado en el seno de la empresa, rechazando posturas excluyentes que consideran que el derecho fundamental debe ser sacrificado sin plantear tan siquiera si es viable la compatibilidad o la convergencia de intereses. El estándar de acomodación razonable es fácilmente deducible del principio de igualdad, pues a fin de cuentas se trata de aplicar un régimen diferenciado a personas que presentan características diferentes<sup>98</sup>.

De hecho, en los países que han asumido este estándar de enjuiciamiento, el principio se vincula directamente con la prohibición de discriminación indirecta y, asume un alcance general, que sobrepasa el ámbito de la libertad religiosa y el de la desigualdad derivada de los grupos que profesan distintas religiones dentro de la empresa. La acomodación razonable constituye una exigencia del principio de igualdad aplicable a cualquier supuesto de diferenciación de trato de tipo indirecto basado en las características especiales de un trabajador o de un grupo de trabajadores.

En este sentido, el principio de obligación de acomodación razonable resulta del deber de tener en consideración las diferencias individuales en la aplicación de una norma general y, en consecuencia, de la necesidad de modular y adoptar un tratamiento

---

<sup>97</sup> TRUDEAU, G.: “Libertés individuelles et relations de travail: un point de vue canadien”, op. cit., pág. 263.

<sup>98</sup> De alguna manera, el concepto se encuentra ya incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. En la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se adopta como principio en relación con las personas con discapacidad. Así el art. 5 dispone que: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” Sobre el tema vid. COELHO MOREIRA, T.: “A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência”, en *Igualdade e não discriminação*, Almedina, 2013, Coimbra, págs. 210 y SS.

diferenciado para evitar que su aplicación cause perjuicio a un individuo por sus características personales<sup>99</sup>.

### C) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En los supuestos de ejercicio de los derechos de inmunidad, la controversia entre derechos y bienes constitucionalmente reconocidos se dirime de otra manera. Conviene tener presente que el conflicto emana, no del ejercicio de derechos por el trabajador ante el empresario, sino de la medida empresarial que el trabajador considera lesiva de sus derechos fundamentales. El trabajador aquí no es el sujeto activo del conflicto, sino el sujeto pasivo, el que sufre las consecuencias de la medida y se revela esgrimiendo sus derechos frente al poder de dirección y control del empresario<sup>100</sup>. No se trata de un proceso exterior en que se hace valer un derecho positivo ante la empresa, sino interior donde se opone un derecho negativo frente a las injerencias de la empresa sobre el trabajador.

Cuando el conflicto se presenta, así, derivado de una actuación previa de la empresa, la cuestión de la medida de la afectación de los derechos fundamentales se resuelve en una concreción mucho más difusa de lo constitucionalmente protegido. Normalmente, en estos casos, son los argumentos de necesidad del empresario los que adquieren *prima facie* un mayor peso o protagonismo, surgiendo en toda su complejidad la problemática de la extensión del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En el tratamiento de este tipo de conflictos, no originados por el ejercicio de un derecho positivo de acción, sino por el ejercicio de derechos de inmunidad o protección frente a una medida empresarial restrictiva de los derechos fundamentales, la jurisprudencia del TC no ha mantenido una postura uniforme a lo largo del tiempo; al contrario, ha ido evolucionando desde una posición muy restrictiva a otra más garantista.

---

<sup>99</sup> Ibid., pág. 263.

<sup>100</sup> Sobre el poder de dirección, vid., en general: MONTOYA MELGAR, A.: "Libertad de empresa y poder de dirección del empresario", AA. VV. (Dir. PÉREZ DE LOS COBOS, F.): *Libertad de empresa y relaciones laborales*, Instituto de estudios Económicos, Madrid, 2005, págs 13 y ss; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y control de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.

Inicialmente no fue nada favorable al juego aplicativo de los derechos fundamentales. En una de las primeras ocasiones que debió pronunciarse sobre la legitimidad de las limitaciones impuestas por el empresario a sus trabajadores, impuso como canon de resolución del conflicto unos criterios extraídos de la propia relación contractual laboral, sin hacer concesión alguna al juego de los derechos fundamentales en la relación. Esto se verifica en la STC 170/1987 que legitima el despido de un trabajador (barman) por negarse a ir afeitado al trabajo, al considerar el TC que “*no pueden entenderse violados el derecho a la intimidad personal y a la imagen cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula*”<sup>101</sup>. Era una ocasión propicia para haber hecho algún tipo de declaración sobre el derecho a un aspecto exterior como elemento de identidad de la persona o como manifestación de la libertad de expresión y de autodeterminación de la persona, pero, lejos de ello, el TC interpretó el problema como una simple cuestión de incumplimiento contractual, propiciando con ello, un efecto limitativo de los derechos fundamentales de trabajador en su confrontación con el poder de decisión del empresario.

Durante algún tiempo se mantuvo esta concepción contractual de los derechos fundamentales, que suponía que, siendo legítima la decisión de la empresa, el derecho fundamental necesariamente había de ser sacrificado. Se optaba por una clara prevalencia de los intereses de empresa sin plantear cuál podía ser la interferencia de los derechos fundamentales en la organización y el funcionamiento de la empresa, o sea, si podían verse afectados por el ejercicio aquellos derechos fundamentales.

Esta fue también la orientación mayoritaria entre la jurisprudencia y doctrina judicial. De este modo, los derechos fundamentales apenas contaron con un ámbito significativo de actuación frente a los ámbitos de poder y control empresarial, quedando circunscrito su exiguo margen de reconocimiento o protección a las formas más descarnadas y arbitrarias de ejercicio del poder empresarial. Dicha lógica contractual se aplicó con rigor, por ejemplo, en lo que a la intimidad se refiere. Los jueces se mostraron en general muy tolerantes respecto de la utilización de cualquier

---

<sup>101</sup> Vid. Las consideraciones críticas de DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, págs. 374 y ss.; BALLESTER PASTOR, I.: “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral”, TS nº 169, 2005, pág. 32.

medio de videovigilancia de los trabajadores, no reconociendo otro ámbito de actuación a la intimidad que el de los espacios reservados al uso privado de los trabajadores. Se consideraba que la intimidad quedaba limitada a los “lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, servicios y otros análogos, pero no (a) aquellos lugares en que se desarrolla la actividad laboral”<sup>102</sup>

Esta metodología de enfrentarse al problema del conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y las facultades del poder de dirección del empresario desde una perspectiva contractual, no se abandonará por parte del Tribunal Constitucional hasta los años noventa. Será a partir, sobre todo, de la decisiva sentencia STC 99/1994, cuando se produce una inversión de perspectiva en el tratamiento de este tipo de conflicto de intereses, y se empieza resolver la controversia entre derechos y bienes constitucionales, no ya desde una perspectiva asimétrica en interés de empresa, sino desde la perspectiva más equilibrada de valoración asimismo de los derechos fundamentales del trabajador.

Merece ser recordada esta sentencia porque marca un hito histórico en el entendimiento y resolución del problema. En ella se debatía si el trabajador (deshuesador de jamones) podía esgrimir legítimamente su derecho a la propia imagen cuando se negó a cumplir una orden del empresario de comparecer ante los fotógrafos y los medios de comunicación, en un acto de presentación del jamón de bellota, para realizar una demostración de corte y despiece del producto que se quería promocionar, por lo que fue despedido.

El Tribunal, en vez de circunscribir –como en el pasado- el análisis a la corrección de la medida empresarial, “sin otro bagaje argumental que la evocación de unos parámetros o referentes contractuales” y produciendo el efecto limitativo del derecho fundamental del trabajador<sup>103</sup>, aborda el enjuiciamiento sobre la legitimidad de la orden empresarial de someterse a la captación de su imagen con arreglo a criterios de defensa de los derechos fundamentales. El TC rechaza de forma contundente que al empresario le pueda bastar la mera invocación del interés de empresa para producir el

---

<sup>102</sup> STSJ de Galicia de 25 de enero. Vid. GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson/Civitas, APDCM, Madrid, 2007 págs. 30-31

<sup>103</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F. : “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, *Relaciones Laborales*, Tomo II 2003.

efecto limitativo del derecho fundamental, salvo que constituya el objeto mismo del contrato<sup>104</sup>, y adopta como canon de enjuiciamiento de la controversia el principio de la necesidad o imprescindibilidad de la medida restrictiva del derecho a la imagen del trabajador.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional razona que los *“requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar –por parte de quién pretenda aquel efecto – que no es posible otra forma de alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”*. Y termina dando la razón al trabajador, que ve reconocido, así, su derecho a la imagen.

Ante todo, la sentencia lo que pone de relieve es el alto valor otorgado por el TC a los derechos fundamentales del trabajador. El TC asigna a los derechos fundamentales una primacía, aunque eso no debe significar que se les adjudique una superior jerarquía sobre la libertad de empresa, pues, como ha señalado Valdés<sup>105</sup>-, tratándose de una ponderación de intereses, *“cualquier tentativa de jerarquizar derechos y, con ello, de atribuir abstractas posiciones de valor a unos derechos frente a otros”*, *“es contraria al principio de equivalencia que debe informar el juicio de ponderación”*.

Al mismo tiempo, y en consonancia con lo anterior, la Sentencia arroja otro importante resultado, al situar en el principio de necesidad el punto de equilibrio dinámico entre los bienes en conflicto, de forma que la legitimidad de la medida limitadora del derecho fundamental se subordina a la concurrencia del carácter imprescindible de la medida, quedando condicionada a que constituya el único medio que pueda utilizar el empresario para alcanzar el objetivo.

---

<sup>104</sup> Así, la STC 99/1994 declara que: *“descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”*.

<sup>105</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: *“Contrato de trabajo...”*, op cit. pág. 100.

Posteriormente, en la doctrina constitucional, se ha ido perfilando, con mayor intensidad, el principio de necesidad, hasta el punto de convertirse en el canon obligado de enjuiciamiento de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales proveniente del empresario. Esta perspectiva de razonamiento servirá para juzgar dos casos asimismo emblemáticos de conflicto relacionados con la adopción de medidas de control por parte del empresario: uno relativo a la instalación de vigilancia microfónica en un casino para registrar las conversaciones entre los clientes y sus trabajadores con el fin de evitar ciertos problemas en las transacciones posteriores (STC 98/2000); y otro, en relación con la colocación de un circuito cerrado de televisión, sin conocimiento de los trabajadores, para el control de éstos en su actividad como cajeros ante las sospechas de comisión de graves irregularidades en su actividad laboral (STC 186/2000).

En ambos casos, se aplica el mismo principio de necesidad, sustiuyendo la expresión “necesidad” por el de “principio de proporcionalidad”, adoptando en la última (STC 186/2000), una estructura de enjuiciamiento algo más compleja. La indagación acerca de la legitimidad de la medida no se limita solo al juicio de necesidad, sino a los de idoneidad y proporcionalidad.

Así, la legitimidad de la medida se valorará atendiendo a tres factores: en primer lugar, la idoneidad, esto es, que sea susceptible de “conseguir el objetivo propuesto”; en segundo lugar, la necesidad, se habrá de constatar que “no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, habrá de averiguarse que la limitación del derecho fundamental es equilibrada con el bien empresarial que se trata de tutelar “por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

He aquí las tres condiciones que establece la Jurisprudencia constitucional para la correcta aplicación de las facultades del empresario. Solo la superación de este triple test otorga legitimidad a la medida restrictiva de los derechos fundamentales del trabajador<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Sobre el principio de proporcionalidad. Vid.: GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003; BARNÉS VÁZQUEZ, J.: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*,

El juicio de proporcionalidad se halla plenamente consolidado por parte del Tribunal Constitucional. Con base en este razonamiento se ha verificado recientemente en la STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013, la legitimidad de la intervención empresarial de las comunicaciones electrónicas del trabajador, en concreto, la interceptación de los correos electrónicos registrados en el ordenador del trabajador facilitado por la empresa, ante las sospechas de conducta desleal del trabajador por haber proporcionado información confidencial a la competencia.

Asimismo, es una metodología plenamente asentada en la jurisprudencia ordinaria. Como confirmación de la aplicación por los Tribunales de este método, sirva como botón de muestra la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2011 respecto de la controversia derivada de la colocación de un GPS por el detective privado en el vehículo de un trabajador contra su voluntad, en la que el Tribunal considera vulnerado el derecho a la intimidad por no respetar el principio de proporcionalidad<sup>107</sup>.

La perspectiva abierta por el Tribunal Constitucional suscita, aun así, algunos interrogantes acerca de la determinación de sus elementos y principios, y alguna perplejidad en relación con ciertas lagunas que presenta<sup>108</sup>. Aunque “la proporcionalidad ofrece un esquema argumental, sencillo y lógico, para analizar de manera bien estructurada las colisiones y ponderaciones de derechos”<sup>109</sup>, adolece todavía de algunas imprecisiones, que conducen a veces a resultados poco satisfactorios<sup>110</sup>.

Así, alguno de los juicios como el de idoneidad constituyen una gran generalidad, que encierran el riesgo de vaciar el juicio de contenido aplicativo o, lo que

---

nº 5, INAP, 1998; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>107</sup> Vid. SALCEDO BELTRÁN, M. C.: “Intervención de detectives en las relaciones laborales”, RTSS CEF, nº 368, 2013, págs. 114 aa. y ss.

<sup>108</sup> De ellas me he ocupado ampliamente, primero, en GOÑI SEIN, J. L.: “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 32, 1998, págs. 84 y ss. y posteriormente en GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, op. cit., págs 44 y ss

<sup>109</sup> GARCÍA ROCA, J.: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*, Editorial Porrúa Mexico, IMDPC, México, 2009, pág. 119.

<sup>110</sup> Sobre las insuficiencias del principio de proporcionalidad para dar solución a los conflictos entre los derechos fundamentales y el poder empresarial, vid. SANGUINETI RAYMOND, W.: “Derechos fundamenatales de la persona del trabajador y poderes empresariales”, cit. págs. 21 y ss.



es peor, de legitimar cualquier recurso a las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Obsérvese que para superar el test de idoneidad basta que la medida sea adecuada para conseguir el objetivo propuesto, lo que en medios académicos y judiciales se interpreta como que el único criterio exigido es la adecuación entre el acto limitativo del derecho fundamental del trabajador y el derecho a la libertad de empresa<sup>111</sup>; no requiriéndose otra cosa. Así, en el propio arranque del primer subprincipio se introducen elementos de inseguridad importantes, desde el momento en que no se determinan los criterios con que valorar el objetivo propuesto. Prácticamente se da por válida cualquier motivación empresarial, repudiando, tan solo, la conducta del empresario “manifiestamente irracional, arbitraria o caprichosa”<sup>112</sup>. Ello ha permitido legitimar en vía judicial intereses empresariales de todo tipo: desde el control del cumplimiento de las obligaciones laborales, la seguridad, la prevención del delito, hasta la obtención de pruebas inculpativas, e incluso comprobar si se duerme el encargado, o vigilar a los guardas del Museo en su garita por la noche<sup>113</sup>.

Sin embargo, es evidente que debe configurarse un mayor control sobre el interés empresarial que legitima la adopción de la medida, porque no todo vale. Es preciso recordar, por ejemplo, las indicaciones del TC respecto de la utilización de los medios tecnológicos –audiovisuales-. El Tribunal Constitucional, si bien admite su uso para “*verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador*”, excluye el empleo de tales medios para “*vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones laborales que le incumbe*” (SSTC 186/2000; 29/2013) y, en consecuencia, no estaría justificada una vigilancia permanente con un fin de control preventivo.

Pero esto tampoco es extrapolable a todos los demás casos. Porque, tratándose, por ejemplo, del uso de las herramientas informáticas, lógicamente no puede excluirse

---

<sup>111</sup> GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Conflicto y ponderación de derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, op. cit., pág. 258: “La idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar el fin”; SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZUZUCCONI, C.: “Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva”, en AA. VV. (dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, pág. 279: “Se trata de que toda restricción de derechos permita satisfacer el interés empresarial alegado para su adopción”

<sup>112</sup> VALDÉS DAL RÉ, F.: “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales, una difícil convivencia”, op. cit., pág. 100.

<sup>113</sup> GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, cit., págs 44 y ss

la oportunidad de un control genérico y preventivo<sup>114</sup> (STC 170/2013). Es necesario, en definitiva, dotar de un carácter más preciso al interés empresarial susceptible de tutela a través del juicio de idoneidad evitando los riesgos de una aplicación ilimitada.

En segundo lugar, hay dificultades también para determinar cuál es el criterio de relevancia en el juicio de necesidad. A pesar del carácter restrictivo del requisito, que remite a una atenta valoración de los medios alternativos, se tiende a valorar en la práctica judicial con arreglo a una de las indicaciones utilizadas en la STC 186/2000, para justificar la instalación oculta de las cámaras de vídeo, en concreto, la necesidad de obtener la grabación a efectos de la prueba de las irregularidades. De este modo, la necesidad de la prueba se aplica con independencia de que existan otros medios eficaces para controlar el cumplimiento de los deberes y obligaciones laborales, convirtiéndose a veces en el único elemento relevante del juicio de la necesidad.

Además, el otro rasgo definidor del juicio de necesidad –la ausencia de otros medios de “igual eficacia”, permite también una zona amplísima de opciones al empresario, puesto que, si el indicador de la necesidad de la medida es la eficacia, podría ser suficiente con recurrir al medio potencialmente más activo al objetivo propuesto para conseguir la legitimidad de la medida restrictiva de derechos fundamentales. Y teniendo en cuenta que esa mayor potencialidad es la característica señera de los modernos medios tecnológicos de control, el juicio de necesidad deja de jugar un papel relevante en la valoración de los medios alternativos desde el trato más favorable a los trabajadores, porque siempre concurrirá en tales casos el requisito. En consecuencia, tal vez no haya que dar legitimidad a un mecanismo de control solo porque sea más eficaz, si existe la posibilidad de que pueda alcanzarse el objetivo propuesto por otras vías alternativas menos incisivas para los derechos de los trabajadores.

---

<sup>114</sup> Sobre el control empresarial de los medios informáticos, vid. en general: DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit. págs. 153 y ss; GOÑI SEIN, J. L.: “Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, *Justicia Laboral*, nº 39, 2009; MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)”, *Relaciones Laborales*, núm. 5/6, 2009; THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2004; SEMPERE NAVARRO, A., MARTIN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

Con todo, y en tercer lugar, el aspecto más crítico del principio de proporcionalidad, aplicado al conflicto de derechos derivado de los mecanismos de control del empresario, reside en los síntomas de insuficiencia que presenta para valorar en toda su dimensión las implicaciones de la persona en los procesos de control. El principio desconoce ciertos intereses de los trabajadores que resultan atraídos al área de enjuiciamiento y que pueden ser decisivos a los efectos de valorar la legitimidad de la decisión empresarial.

Uno de los elementos más importantes que emerge del panorama jurisprudencial se refiere a las facultades o expectativas derivadas de la propia regulación de uso de los herramientas informáticas y de los mecanismos de control. Las indicaciones de la doctrina jurisprudencial –tanto del Tribunal Supremo<sup>115</sup> como del Tribunal Constitucional<sup>116</sup>– convergen en la necesidad de estar a las condiciones de uso de los dispositivos de control y de puesta a disposición de las herramientas informáticas y a los derechos vinculados a los criterios de manejo o disposición de los aparatos tecnológicos, que asumen características incisivas y decisivas.

Así, la orientación que se ha formado respecto de la suficiencia del principio de proporcionalidad como único canon de enjuiciamiento de las medidas empresariales limitativas de derechos fundamentales resulta inexacta o incompleta. No puede configurarse la legalidad de la decisión empresarial solo supeditado a que se supere el denominado triple test de proporcionalidad y sin contemplar la eventual proyección de los derechos o expectativas surgidas de las reglas adoptadas por el propio empresario.

La legalidad de la medida restrictiva de los derechos fundamentales debe juzgarse atendiendo antes de nada a las expectativas de derechos derivadas de las reglas de uso de los medios tecnológicos, sean de trabajo o de control, fijadas por el empresario. En las situaciones indicadas, el empresario puede elegir discrecionalmente si aplica una política más o menos restrictiva respecto del uso no estrictamente laboral o de dichas herramientas tecnológicas. Pero en todo caso, la posibilidad de que la empresa ejerza su facultad de vigilancia a través de ellas viene condicionada por las expectativas

---

<sup>115</sup> SSTs 26-9-2007 y 8-3-2011

<sup>116</sup> SSTC 241/2012 y 170/2013

de secreto de las comunicaciones, de confidencialidad, o de privacidad que haya podido generar a través de dicha política.

La valoración de las posibilidades de control y por tanto, de injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores no puede sustanciarse tan solo en un juicio de proporcionalidad, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada, si la medida podía considerarse necesaria a efectos de servir de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial y si la medida podía entenderse como ponderada o equilibrada. Lo fundamental a estos efectos es valorar si el empresario puede ejercer el poder de control o de vigilancia a la vista de las expectativas por él mismo generadas.

Hasta tal punto es decisivo este otro criterio de enjuiciamiento, que puede hacer incluso prescindible la aplicación del test de proporcionalidad, puesto que la solución del conflicto se hace depender, si no exclusivamente, en gran medida, del alcance que se hubiera querido atribuir a las normas de configuración de los instrumentos de trabajo o de control.

Esto se hace particularmente visible en la STC 241/2012 en la que se juzgaba la licitud del acceso por parte de la empresa a las conversaciones registradas en los ficheros informáticos de un ordenador de uso indistinto y sin clave de acceso, en el que dos trabajadoras habían instalado un programa de mensajería instantánea, sin autorización y en contra de la prohibición expresa de instalación de la empresa. Sentado que al empresario corresponde la ordenación y regulación de los medios informáticos de titularidad empresarial, pudiendo arbitrar distintos sistemas de acceso a las comunicaciones profesionales, aunque con restricciones respecto de los datos personales si el uso particular ha sido permitido, la Sentencia declara que *“habrá de estarse a las condiciones de puesta a disposición, pudiendo aseverarse que la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia desde el punto de vista de la actuación empresarial de control”* y, en consecuencia *“los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario”*. En el supuesto enjuiciado, el TC legitima el acceso al

ordenador y la interceptación de las conversaciones al considerar que, dado que existía una prohibición expresa de instalar programas, y el ordenador era de uso común, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado respecto de las conversaciones intervenidas, por tratarse de formas de comunicación abierta y no secreta<sup>117</sup>.

Un aspecto significativo de esta sentencia es que en la lógica de atribuir relevancia a las reglas de uso, el Tribunal prescinde del juicio de proporcionalidad, y ajusta su actuación únicamente al canon de la expectativa de intimidad, lo que revela que la decisión más significativa en estos casos de medidas de vigilancia y control empresarial es el previo proceder de la empresa con respecto a la determinación de las pautas de uso y control de los ordenadores<sup>118</sup>.

Una indicación similar puede recabarse también de la STC 29/2013 en el que se analiza si la utilización de las imágenes del trabajador obtenidas por una cámara de video-grabación para sancionar al trabajador por el incumplimiento de su horario de trabajo vulnera los derechos fundamentales del art. 18 CE. El Tribunal Constitucional otorga relevancia solo a los requisitos particulares en relación con la instalación de los sistemas de videovigilancia en la empresa, esto es, al comportamiento observado respecto del cumplimiento del principio de información previa y expresa de la finalidad de la captación, sin dirimir si los datos del recurrente que fueron objeto de tratamiento (la captación de imágenes grabadas en soporte físico) constituye un acto contrario al principio de proporcionalidad. Y, comprobado que se privó al recurrente de una información clara sobre la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación iba dirigida, vulnerando un principio básico de protección de datos (art. 81,4 CE), resuelve estimando el amparo sin entrar en más análisis. La sentencia pone igualmente de relieve el carácter no esencial a veces del juicio de proporcionalidad de la medida, respecto del conjunto de elementos a tener en cuenta en una controversia derivada de la adopción de medidas de vigilancia y control

---

<sup>117</sup> Esta sentencia ha sido comentada en tono crítico por: MARÍN ALONSO, I. “La mensajería electrónica en al empresa: un paso atrás en la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones (Apropósito de la STC 214/2012, de 17 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, nº3, 2013 , págs, 89 y ss. : :

<sup>118</sup> Un comentario más extenso en GOÑI SEIN, J. L.: “El poder de control empresarial en la doctrina del Tribunal Supremo”, AA. VV. (Cord. GARCÍA MURCÍA, J) Libro Homenaje al Profesor Martín Valverde, en prensa.

## D) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES

Desde hace algún tiempo, vengo sosteniendo que la fuente que podría colmar, de forma eficaz, las insuficiencias que presenta el principio de proporcionalidad, estableciendo unos criterios más cuidadosos de enjuiciamiento de los intereses en conflicto, es el de los principios de protección de datos<sup>119</sup>.

Y ello porque no pocas veces la denegación de amparo del trabajador en la ponderación de intereses se fundamenta en una consideración sesgada de los derechos fundamentales del trabajador en conflicto. El completo sacrificio del derecho fundamental invocado resulta a veces desproporcionado respecto de las garantías fundamentales que los trabajadores pueden actuar en el lugar de trabajo, porque se resuelve en atención a un solo interés, descuidando en la valoración otras exigencias que entran en juego respecto de la medida de la empresa.

Ello es constatable en el delicado asunto de la posibilidad de control de los trabajadores por medio audiovisuales o del correo electrónico. Aunque no deja de ponderarse la expectativa de intimidad o confidencialidad creadas por la empresa, la mayoría de las ocasiones se resuelve en la simple valoración de la intimidad, sin reparar

---

<sup>119</sup> GOÑI SEIN, J. L.: “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, *Revista de Derecho Social*, nº 32, 1998, págs. 84 y ss. y posteriormente en GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, op. cit., págs 44 y ss. Asimismo, otros autores vienen insistiendo en la idea: ORTIZ LALLANA, M. C.: “Derechos fundamentales y relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998, pág. 38; TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005: “Si hasta el momento la perspectiva adoptada prácticamente de forma unánime por los tribunales de justicia a la hora de valorar la licitud de los medios analizados de control de la actividad laboral a través de los medios avanzados permitidos por las nuevas tecnologías ha sido la de su contraste –a través del principio de proporcionalidad – con los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), semejante realidad exige, para su recta ponderación aplicar también el juego de otro derecho fundamental más, cual es el de autodeterminación informativa (art. 18.4 CE)”. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores: nuevas perspectivas*, Bomarzo, 2009, págs. 90-91: “Ante la falta de establecimiento a nivel normativo de límites claro y precisos a las facultades de vigilancia y control del empresario y ante la inexistencia de una contundente doctrina a favor de considerar “la dignidad del trabajador como algo demasiado importante para poder ser puesta en cuestión a través de medios de fiscalización clandestina, deviene necesario alcanzar una situación equilibrada dentro de la cual sea posible el control empresarial de la prestación de trabajo y el simultáneo respeto y protección de la intimidad del trabajador a través de una cuidadosa ponderación de los derechos y bienes en juego, siguiendo los parámetros que marca con carácter general, la LOPD”.

que el conjunto de operaciones de recogida de los datos personales del trabajador que comportan, constituye tratamiento de datos personales y que por tanto, el canon interpretativo de obligada aplicación debiera ser el derecho a la autotutela informativa (art. 18.4 CE).

Algo de esto sucede en la referida STC 170/2013 en que se enjuicia el control sobre los correos electrónicos de un empleado que había transmitido información a la competencia, motivo por el que fue despedido. El conflicto se resuelve verificando lo único relevante para el Tribunal, que es si existe o no una expectativa razonable de confidencialidad para el trabajador. Como había una prohibición establecida en el convenio colectivo de “utilización de los medios informativos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral”, deduce que no había tal expectativa de privacidad del trabajador y legítima, en consecuencia, la entrada del empresario en el ordenador del trabajador.

Pero bien observado, se detecta un clamoroso déficit de valoración de otros intereses del trabajador, aunque puede que no sea imputable al Tribunal al haber quedado reducido el debate al art. 18.1CE. No se han sopesado, desde el complemento indispensable del derecho a la intimidad que es la facultad de disposición y control de datos, los principios que garantizan el derecho a la autotutela informativa (art. 18.4 CE). Era necesaria una información previa y expresa del empresario no solo respecto del uso con fines personales sino de los mecanismos de control, porque no se puede ignorar que la monitorización implica tratamiento de datos, que puede ser legítima pero solo si se observan ciertas exigencias de transparencia informativa. Al no tomar en consideración estas otras garantías del art. 18.4 CE, no se ha realizado un enjuiciamiento completo de los derechos del trabajador afectados.

Los derechos de protección de datos se hallan seriamente comprometidos en las operaciones de vigilancia y control, y el encuadramiento del conflicto bajo los criterios exclusivos de confidencialidad o de intimidad se revela insuficiente. La doctrina del Tribunal Constitucional que reconduce el poder de adoptar medidas de control al ámbito exclusivo de la intimidad del trabajador-que tan solo protege frente a la invasión ilegítima que pueda realizarse en su vida-, muestra, en efecto, síntomas de retraso. No

es, desde luego, una jurisprudencia en la que encuentren protección otras dimensiones constitucionales de la persona que se ponen en juego en tales situaciones.

Es precisa la búsqueda de criterios más adecuados a las nuevas realidades tecnológicas y sus amenazas, y tomar en consideración la noción evolucionada de la *privacy* que pone el acento en la autodeterminación informativa de la persona y en las distintas situaciones subjetivas y poderes en los que se articula<sup>120</sup>. Es hora quizá de hacer que el principal punto de valoración sea la tutela de la autodeterminación informativa (art. 18.4CE).

Esta nueva forma de observación del conflicto parece haber encontrado un fundado apoyo en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, la ya comentada STC 29/2013<sup>121</sup>, toda vez que el conflicto derivado de la utilización de las cámaras de televisión para el control de los trabajadores, se resuelve, antes de nada, bajo el prisma del derecho fundamental a la protección de datos. En el caso enjuiciado, no cabía albergar expectativas de intimidad, porque constaban carteles avisando de la colocación de dichas cámaras. No obstante, el Tribunal declara la nulidad de las imágenes captadas mediante el sistema de video-grabación y utilizadas para sancionar a un trabajador por el incumplimiento de su horario, por considerar que al trabajador no se le había informado de la finalidad para la que podía ser utilizada, en concreto, para la vigilancia de la actividad laboral del empleado cuando respondía a una medida de seguridad pública; es decir, por omitir un principio básico del derecho fundamental a la autotutela informativa.

Es la primera vez que en la jurisprudencia constitucional se ve aplicar los principios de protección de datos a las técnicas de control empleados por el empresario, en particular, en un ámbito –el de la video-vigilancia– que ofrece múltiples medios de tratamiento de datos. En dicha sentencia se encuentran claramente expuestos el valor esencial del derecho constitucional de la autotutela informativa en el contrato de trabajo, las limitaciones que comporta para el ejercicio del poder de control empresarial y la

---

<sup>120</sup> GIUBBONI, S.: “Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali”, *Rivista giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, nº 1, 2012, pág. 83.

<sup>121</sup> Vid. un comentario a la misma en: GALLARDO MOYA, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013, págs. 163 y ss.



preferencia del derecho cuando por parte de la empresa no se respetan los principios de protección de datos. La sentencia muestra todavía un panorama incipiente o incompleto, pero contiene una doctrina general inequívoca sobre la vigencia del derecho a la protección de datos en los procesos de vigilancia y control por medios técnicos. Es de esperar que el TC tenga ocasión de formar una doctrina más acabada, extendiéndola a otros planos de vigilancia y control de la actividad laboral.

El principio de equivalencia de los bienes y derechos en conflicto requiere, por tanto, tener en cuenta importantes aspectos de la normativa de protección de datos, que emanan de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y que tienen que ver con la relevancia de la finalidad, con el derecho de los trabajadores al conocimiento de los fines y de la actividad de vigilancia, y con la garantía de tratamiento leal de los datos personales de los trabajadores y de control, así como con la conservación y la prohibición de usos incompatibles.

No es el lugar para hacer una exégesis detenida de la proyección de tales principios sobre la controversia que nos ocupa, pero sí tal vez de resaltar alguno de los elementos que revisten una especial importancia aquí

a) Uno de ellos es sin duda la información previa. La legitimidad de las medidas de vigilancia y control está condicionada por los requisitos de transparencia que resultan de los arts. 5, 15 y 16 de la LOPD. *“El derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin”* constituye -como declaró el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000 y reitera de nuevo en la STC 29/2013- el *“elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial”*. *Y este “derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento”* Por ello, el empresario ha de asegurar a los trabajadores afectados por la adopción del sistema de vigilancia y control, la debida información previa. Pero, ¿con qué alcance?

En el instrumento legal (LOPD) no hay una regulación particularizada de tal deber para el ámbito de las relaciones laborales. En el supuesto singular de la

instalación de las cámaras de vídeo-vigilancia, la referida STC 29/2013 lo ha concretado especificando que, no será suficiente con la colocación de distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes; y que será precisa una información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación va dirigida. Una información que deberá concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que va a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones pueden ser examinadas, durante cuanto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que pueden utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

En principio, debemos entender que las mismas directrices de transparencia informativa sirven también para la utilización de cualquier sistema de control electrónico, informático o de otro tipo, ya que -como tiene declarado el Grupo de Trabajo del Art. 29<sup>122</sup> sobre protección de datos en su Dictamen 8/2001 de 13 de septiembre- y resulta pacífico, los principios de protección de datos son plenamente aplicables al conjunto de operaciones de recogida de los datos personales del trabajador y a todas las formas vigilancia y control empresarial, incluidas la utilización del correo electrónico, acceso a Internet, cámaras de video o de localización.

No obstante, la aplicación de estos principios de tutela de la privacy a cualquier mecanismo de control tecnológico constituye todavía hoy en nuestro país un tema tabú. Ni en la jurisprudencia constitucional (salvando la honrosa excepción de la STC 29/2013) ni en la del TS se ve aplicar los principios de protección de datos en los casos de monitorización y control de los trabajadores, bien que el derecho fundamental del art. 18.4 CE extienda la garantía constitucional a toda recogida de datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y puedan constituir una amenaza para el individuo.

Constituye uno de los puntos de mayor fricción entre los principios constitucionales y las orientaciones jurisprudenciales en materia de derechos fundamentales en la relación laboral. Los Tribunales mantienen una actitud renuente sin

---

<sup>122</sup> Constituido en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, con el fin de contribuir a su aplicación uniforme en los Estados miembros

extraer las debidas consecuencias garantistas de la normativa de protección de datos, interiorizando una lógica contractual, como se puede comprobar en la STC 170/2013 donde se atribuye legitimidad plena a una simple prohibición convencional de uso personal de los medios informáticos, haciendo con ello desaparecer cualquier vestigio de derecho fundamental. No me parece que esta jurisprudencial constitucional esté precisamente instalada en la estructura de los principios fundamentales de protección de datos.

b) Al referido requisito de transparencia, se debe añadir una segunda condición: la presencia de un interés legítimo que justifique las restricciones que experimentan los trabajadores en sus derechos<sup>123</sup>. Según el art. 6 de la Directiva 95/46/CE y art. 4.1 LOPD, los datos de carácter personal deben ser recogidos con un fin determinado, explícito y legítimo. En principio, “la finalidad legítima viene dada por las facultades de control empresarial que reconoce de forma amplia el art. 20.3 del ET<sup>124</sup>. Pero, tratándose de procedimientos tecnológicos–audiovisuales, informáticos o cualquier aparato que entrañe tratamiento de datos, debe asegurarse que la referida finalidad de vigilancia o de seguridad no anule el derecho a la protección de datos. En este sentido, la referida STC 29/2013 se ha preocupado de dar alguna indicación general sobre el interés legítimo, declarando que la falta de información no podría situarse *“en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, en su núcleo esencial. En efecto, se confundiría la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 LET en relación con el art. 6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPD)”*. La doctrina jurisprudencial expuesta, hasta donde se deja entender, expresa con meridiana claridad que no todo vale a la hora de obtener información del cumplimiento de las obligaciones laborales.

---

<sup>123</sup> En general, sobre las finalidades que legitiman al empresario al tratamiento de de datos: CARDONA RUBERT, M. B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 153 y ss.

<sup>124</sup> DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit. pág. 63.

Pero aún así es preciso concretar más los límites de esa habilitación legal de control para que no resulten desnaturalizados el derecho a la protección de datos y otros derechos, en concreto, la duda principal reside en si es posible una vigilancia constante y permanente de la prestación de servicios.

La respuesta seguramente no puede ser única porque es difícil extraer un criterio general para todos los supuestos de control tecnológico. Probablemente se puede mantener un criterio más estricto cuando se trata de control a través de grabación de una imagen o de una conversación, y otro más flexible cuando se trata de control sobre las herramientas informáticas. Desde luego, la doctrina constitucional es bastante rigurosa en cuanto al uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes, por cuanto rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 ET y supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (STC 98/2000). Y lo mismo cabe decir respecto de la captación de imágenes, cuando es realizada con el propósito de vigilar y controlar genéricamente, según lo establecido en la STC 186/2000<sup>125</sup>, aunque hay posiciones divergentes dentro de la doctrina judicial y de la científica, que minimizan el impacto de dicho control sobre los derechos de los trabajadores<sup>126</sup>.

Sin embargo, en los supuestos de control de los instrumentos informáticos la posición debe ser algo más matizada por cuanto la legitimidad del control deriva, como ha señalado la STS de 26 de septiembre de 2007<sup>127</sup>, del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae; el control resulta indispensable para ver si se cumple la prestación laboral, para comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo

---

<sup>125</sup> Dejando aparte los supuestos en que el control resulta indispensable por alguna razón específica: - protección, seguridad, prevención de riesgos laborales, etc. - no relacionada con el control de la prestación laboral.

En contra de la utilización de la video-vigilancia con una finalidad genérica de control de la prestación de trabajo, fuera de los supuestos señalados, vid. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *“Las facultades empresariales de control de la actividad laboral”*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 78-79; GOÑI SEIN, J. L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, op. cit., págs. 109 y ss.

<sup>126</sup> Vid. las distintas posiciones en un magnífico tratamiento de la cuestión en: DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit. págs. 51 y ss.

<sup>127</sup> Es la primera sentencia, dictada en unificación de doctrina, que sienta unos principios básicos sobre el derecho al uso personal del ordenador de la empresa. Vid. DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit. págs. 158 y ss. y las valoraciones críticas de: PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT, J.: “El uso laboral del ordenador y la buena fe. A propósito de la STS 26-9-2007”, *Relaciones Laborales* nº 6, 2008.

justifican, para coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores o por la protección del sistema informático de la empresa, por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar también de algunas forma ilícitas de uso frente a terceros. De todas formas, no solo hay que estar a la finalidad real perseguida, sino al comportamiento observado por el propio empresario, a su política de transparencia y actitudes respecto del uso de las nuevas tecnologías. Por tanto, la cuestión deberá resolverse verificando si se ha sobrepasado o no los límites que derivan de la finalidad y de la particular política de transparencia informativa.

c) La vigilancia empresarial está sujeta, además, al principio de compatibilidad o de prohibición de usos incompatibles que emana del art. 4.2 LOPD. Dicho principio excluye el tratamiento de datos personales del trabajador para un uso incompatible con la finalidad originaria para la que fueron recabados. Ello supone que si el control se justifica por razones técnicas o de seguridad, o para verificar la presencia del trabajador, o el buen funcionamiento de los sistemas automatizados de información, los datos obtenidos solo podrán ser utilizados por el empresario para el objetivo declarado y no para otro objetivo distinto como puede ser el control de la actividad laboral. Como señala el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre “Protección de datos personales de los trabajadores, aprobado por la Organización Internacional de Trabajo en octubre de 1996, “los datos deben ser procesados únicamente para cumplir la finalidad por la cual se establece la vigilancia” y, por tanto, “no deben servir para controlar o vigilar el comportamiento” de los trabajadores, si esta no es la finalidad declarada.

No obstante, un sector de la doctrina cuestiona esta solución restrictiva, indicando que “no juega en materia laboral” y que, señaladamente, en materia de videovigilancia, “lo importante es que el trabajador conozca que está siendo objeto de un control por videovigilancia; no la finalidad que se la ha asignado a ese control”. Así, en el caso de una cámara instalada por motivos de seguridad, se afirma que “si el trabajador es sorprendido por la cámara cuando se apropia de una cantidad de un

producto se está dentro de la finalidad asignada al medio de control y sería absurdo sostener que la finalidad no se cumple porque se registra un incumplimiento laboral”<sup>128</sup>.

La cuestión, como se puede ver, dista de ser pacífica y no deja de suscitar dudas acerca de la prevalencia de los derechos de los trabajadores sobre el interés de la empresa. De todas formas, y sin ánimo de polemizar, me permito apuntar que, si bien se puede estar de acuerdo en lo segundo, resulta más difícil compartir lo primero.

Respecto de lo primero, -la no aplicación en el ámbito laboral de la prohibición para finalidad distinta-, la tendencia expresada hasta ahora, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, parece desmentir tal conclusión. Corroboran lo que señalo la recién comentada STC 29/2013, pues una de las consecuencias más evidentes de la misma es que un sistema de grabación de imágenes adoptado con el exclusivo fin de garantizar la seguridad pública en el acceso al recinto, no puede ser utilizado con fines de control de la actividad laboral. Y es preciso recordar también que, en la misma línea y con respecto del control del ordenador de un directivo al que le encontraron accesos a páginas comprometidas, la STS 26-9-2007 se posicionó en contra de la utilización desviada de la información recogida en dicho control, pues consideró que la empresa no podía recoger de la información obrante en unos archivos temporales y utilizarla con la finalidad de imponerle la sanción del despido, cuando de lo que se trataba era de eliminar un virus del ordenador.

En cuanto a la posibilidad de utilizar con fines disciplinarios los datos recabados a través de los mecanismos de control, no hay duda alguna de su legitimidad si los incumplimientos detectados tienen que ver con las razones que lo justifican. El ejemplo expuesto por los autores es precisamente un supuesto emblemático de compatibilidad, pues, si la finalidad declarada de las cámaras de vídeo por la empresa es de seguridad, la actuación de la empresa sancionando a quien sea sorprendido cometiendo hurtos no debe considerarse como un uso desviado o hallazgo casual sino, al contrario, como un uso enteramente finalista. Otra cosa es que el incumplimiento accidental o casual se detecte cuando el sistema de vigilancia o control responde a razones completamente ajenas a la seguridad o al control de la actividad laboral. En tales casos, si se quiere que

---

<sup>128</sup> DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A. B.: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, cit. pág. 70.

el principio de prohibición de usos incompatibles mantenga algún tipo de eficacia, entiendo -como ya he expresado en otras ocasiones anteriores-, que la interpretación más convincente es considerar excepcional la posibilidad de uso con fines disciplinarios y, además, en sentido restrictivo, reservándola exclusivamente para hechos particularmente graves y en particular para los supuestos que pudieran ser constitutivos de un ilícito penal<sup>129</sup>.

## **V.- LA DESIGUAL RELEVANCIA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES PARA DETERMINADAS CATEGORÍAS DE TRABAJADORES EN EL MERCADO DE TRABAJO**

Desde el punto de vista dogmático-reconstructivo, el juego aplicativo de los derechos fundamentales en la relación de trabajo se ha revelado verdaderamente innovador, apareciendo como una disciplina que ha servido para encontrar puntos de convergencia entre intereses opuestos de la relación.

No obstante, la materialización de esos derechos, cuando se presta particular atención al conjunto de la ciudadanía laboral, presenta un estado imperfecto. La realidad del mercado de trabajo ofrece indicaciones bastante diferenciadas acerca del grado de reconocimiento de esos derechos en función de las formas de empleo y de categorías de trabajadores.

La vigencia de los derechos fundamentales resulta particularmente funcional respecto de trabajadores que se hallan en “sectores de trabajo regular y estable”, pero muy mitigada y quizá anulada cuando se trata de trabajadores que se mueven en el sector de empleo informal o inestable

Si bien los derechos humanos se reconocen a todas las personas por el mero hecho de serlo y por eso mismo se dice que son derechos universales, y aunque corresponderían a todos los que se integran en el mercado de trabajo, las posibilidades

---

<sup>129</sup> GOÑI SEIN, J. L.: “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad y control empresarial...”, op. cit. pág. 101

de ejercicio y de efectividad de los mismos se distribuyen desigualmente entre los ocupados regularmente y los incorporados irregularmente.

El reconocimiento de la ciudadanía en la empresa puede comportar un significado garantista muy importante para el trabajador que goza de la condición de ocupado; sin embargo, tiene una relevancia marginal, para el empleado que a menudo se halla fuera del circuito del empleo. La protección ofrecida por la proyección laboral de los derechos fundamentales a estos trabajadores representa poco más que una declaración solemne, de escaso significado frente a contraparte empresarial.

La posición contractual en el mercado de trabajo otorga una condición social desigualitaria y, por ende, desiguales derechos, al sector estructurado y al sector no estructurado (irregular y clandestino). Aunque en teoría todos se pueden beneficiar de la tutela de los derechos fundamentales, la situación de debilidad y vulnerabilidad frente a la contraparte empresarial, y el riesgo de perder el empleo, les lleva a los más desfavorecidos a no tener siquiera conciencia de la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales.

Asistimos a un proceso de dualización o, tal vez, de segmentación, cada vez más acentuado del mercado de trabajo en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales, pues mientras para unos representan un contrapeso que permite individualizar límites al poder de dirección del empresario, para otros muchos los derechos resultan una bonita utopía, una mera posibilidad de difícil o imposible realización dada la particular posición de dependencia jurídico-económica.

Esta desigualdad tiene dos posibles causas: una de índole estructural, en la medida en que las nuevas modalidades de relación exponen a ciertos trabajadores a una mayor inseguridad en el empleo y les coloca en desventaja respecto de la protección social, y otra de índole más coyuntural, que responde a las últimas políticas de ajuste y a los efectos de las medidas anticrisis adoptadas en el marco de las estrategias de austeridad impulsadas desde la UE, que están suponiendo para una parte importante de la población laboral la privación de los derechos individuales como efecto inducido de la precariedad y el incremento de las desigualdades.



En efecto, por una parte, la dualización está relacionada con las consecuencias de una sociedad de mercado en proceso de transformación que viene desde mediados de los años 90 optando por sistemas de organización productiva más descentralizadas y por formas de empleo precario. Así, mientras el paradigma tradicional de empleo estable y por tiempo indefinido pierde importancia, un “nuevo modelo de relaciones de trabajo emergente”<sup>130</sup> basado en la flexibilidad de las condiciones de trabajo y en formas atípicas de empleo cobra un auge cada vez mayor. La extensión gradual de estas nuevas formas de empleo se fundamenta, según los economistas, en la competencia mundial, la mayor incertidumbre del mercado y la necesidad de reducir costos de producción. Pero, sea por lo que sea, el hecho cierto es que se ha producido una explosión de figuras de empleo precario, siendo ésta la forma prevalente de vinculación contractual o de relación profesional con la empresa. Desde luego, es patente que la incorporación al mercado de trabajo tiene lugar casi exclusivamente bajo fórmulas de empleo atípico, resultando insignificante el número de trabajadores contratados con arreglo al modelo tradicional de empleo estable. La consecuencia de esta dinámica es la aparición de una subclase asalariada con una condición de ciudadanía en la empresa muy atenuada y desigual, al no disponer de las mismas garantías de estabilidad, salarios y prestaciones que los trabajadores de empleo regular.

La segunda razón de la producción de las distintas categorías sociales es de carácter más emergente, propio del momento presente, y se halla en el proceso de degradación o de “desconstitucionalización” de los derechos, que han traído las recientes políticas de austeridad y las reformas laborales de 2010 y 2012, puestas en marcha como consecuencia de la caída en la actividad económica<sup>131</sup>. Estas reformas han contribuido al agravamiento de la precariedad en el empleo, haciendo que la desigualdad vaya en aumento y acarree, además, efectos desestabilizadores para la población laboral regular.

Especialmente, la Reforma laboral de 2012 ha supuesto un “salto cualitativo en la tendencia a la precarización laboral” porque apuesta por nuevas formas de empleo precario. Una cumplida muestra de ello lo tenemos en la nueva figura contractual

---

<sup>130</sup> STONE, K.: “Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per il lavoratore nel nuovo mercato del lavoro”, cit. pág. 410.

<sup>131</sup> Vid. BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización del trabajo en la Reforma Laboral de 2012”, cit., págs. 29 y ss.

estable de “apoyo a los emprendedores” que entraña paradójicamente un mayor grado de inseguridad que el de los propios contratos temporales al admitir el libre desistimiento del empresario durante un año sin indemnización alguna. Otro ejemplo es el contrato de aprendizaje y formación que aparece reformulado con criterios de mayor flexibilidad hasta el punto de quedar prácticamente desnaturalizado, tras ampliar el límite de edad hasta los 30 años, la duración máxima del contrato hasta los tres años y permitir una nueva contratación en la misma modalidad para una actividad u ocupación distinta<sup>132</sup>. Y también es perceptible en el trabajo a tiempo parcial, cuyo recurso se ha facilitado extraordinariamente en la nueva reforma laboral llevada a cabo a finales del año 2013 por el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, al reducirse el plazo de preaviso para su realización, al incrementarse el número de horas complementarias pactadas que pueden realizarse y añadirse la posibilidad de hacer horas complementarias voluntarias más allá de las pactadas.

Pero la reforma laboral no solo incide sobre las formas de acceso al empleo, profundizando en las fórmulas de empleo atípico y generando mayor inseguridad en los que se incorporan al mercado de trabajo. Actúa, además sobre el empleo regular disminuyendo la tutela en materia de estabilidad en el empleo y transfiriendo a los trabajadores ocupados la ajenidad en los riesgos, haciéndoles asumir otras incertidumbres, aparte de la posible pérdida del empleo. No es solo que haya quebrado la estabilidad en el empleo al dejar que prevalezca la voluntad última de la empresa en las decisiones extintivas colectivas, eliminando la autorización administrativa y limitando el control judicial sobre las decisiones empresariales. La reforma ha consagrado, además, la incertidumbre en las condiciones de trabajo (salario, tiempo de trabajo, etc.), favoreciendo la capacidad unilateral del empresario de modificar y de imponer las condiciones de trabajo que en cada momento convengan a la empresa, mediante mecanismos de descuelgue o de descentralización de la negociación colectiva o de limitación de la ultractividad de los convenios colectivos. Los trabajadores ven ahora con inquietud cómo tienen que asumir muchos de los riesgos de mercado que antaño asumía la empresa, y cómo el nuevo régimen jurídico de despido les deja

---

<sup>132</sup> Vid. el magnífico análisis sobre la precariedad laboral en España realizado por SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J., DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A.: *Crisis, políticas de austeridad y trabajo decente*, Fundación 1º de Mayo, Estudios, nº 71, octubre 2013, págs. 9 y ss.

inermes frente a decisiones de ajuste de plantilla de la empresa, produciendo un deterioro en la ciudadanía activa del empleado.

De todas formas, aun cuando la combinación del impacto negativo de las nuevas formas de empleo y las reformas laborales haya hecho más vulnerables a todos los trabajadores, sean estables o inestables, la situación de precariedad laboral adquiere formas y grados de intensidad diferenciados en función de las concretas características de empleo. No se presenta de forma homogénea en todos los casos. Se requiere, por ello, una breve caracterización de los rasgos estructurales de la población laboral inmersa en dicha situación para apreciar la intensidad y las consecuencias.

La precariedad laboral es, ante todo, un fenómeno que se identifica con las formulas atípicas de contratación<sup>133</sup>, esto es, con los empleos que constituyen “adaptaciones de la relación típica o estándar de empleo”<sup>134</sup>. Es el caso de los temporales o contratos de escasa duración, a veces por periodos muy cortos, o los trabajadores a tiempo parcial (unos pocos días o unas pocas horas), los fijos discontinuos o incluso los contratos de formación o en prácticas.

Pero la precariedad está ligado también y fundamentalmente al trabajo desestructurado e inestable; o sea, a todos aquellos otros empleos irregulares que constituyen una desviación significativa respecto del modelo estándar de empleo regular.

En concreto, se hace visible en las figuras del trabajador autónomo “económicamente dependiente”, el falso autónomo (caracterizado por ser una relación de trabajo formalmente independiente que encubre un trabajo asalariado), o el de los jóvenes que prestan servicios como becarios o en prácticas formativas sin relación laboral (en donde prima la utilidad empresarial sobre el interés formativo), en los contratos bajo modalidad de cero horas (figura laboral que exige al trabajador estar

---

<sup>133</sup> Sobre qué es trabajo atípico, según la OIT, vid. DE LA VILLA, L. E.: “Voluntarismo y ambigüedad de las Declaraciones internacionales. El caso del trabajo decente”, *Revista de Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 107, pág. 132. Una interesante identificación de las principales formas de empleo precario puede verse en ROCHA SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J., DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A.: *Crisis, políticas de austeridad y trabajo decente*, cit., págs. 12 y ss.

<sup>134</sup> ROCHA SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J., DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A.: *Crisis, políticas de austeridad y trabajo decente*, cit. pág. 12

disponible las 24 horas sin garantía de la carga laboral ni, por tanto, de un salario) o en el trabajo no declarado, que integra actividades económicas legales no declaradas como las tipificadas como ilegales.

Y de forma muy particular se presenta en los innumerables casos de explotación laboral en talleres textiles, locutorios, venta ambulante, redes de mendigos, y en las personas víctimas de las redes de trata de mujeres para la prostitución, que constituye un verdadero drama de explotación no solo laboral sino sexual<sup>135</sup>.

La expresión precariedad laboral abarca, por tanto, muchas realidades empíricas distintas, pudiendo producir diferentes categorías de trabajadores en la escala social, regidas por estatus jurídicamente separados. En todo caso, una consecuencia evidente de estas nuevas modalidades de empleo precario es un debilitamiento del estatus de ciudadanía de los trabajadores en la empresa y, en definitiva, de sus derechos fundamentales.

El ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos en el caso de las formas de empleo atípicos que constituyen adaptaciones de la relación típica (empleos de duración de determinada, a tiempo parcial), y que afectan en mayor proporción a mujeres, jóvenes e inmigrantes, es visto muchas veces como retórica hueca.

Porque ¿qué libertades puede esgrimir una persona con un empleo precario de pocas horas y bajo salario, obligado a aceptar por una necesidad primaria para subsistir económicamente?<sup>136</sup> La capacidad de estas personas para ejercer sus derechos de libertad negativa cuando son víctimas de agravios o para ejercer sus derechos de acción positiva (v. gr. la conciliación de la vida familiar y laboral), es prácticamente nula, pese a las garantías judiciales de indemnidad. La garantía de los derechos fundamentales no puede separarse de los obstáculos insalvables ínsitos en su situación tan condicionada por las circunstancias de necesidad. El trabajador aceptará hasta las formas más degradadas de empleo sin importarle las condiciones ni los derechos si se trata de una

---

<sup>135</sup> Vid. SAHUQUILLO, M. R. y ANDREU, J.: *Esclavos en el sótano*, El País Domingo, 8 de diciembre de 2013, pág. 9.

<sup>136</sup> AUVERGNON, P.: "Libertés individuelles et relations de travail: Quelques enseignements de la confrontation de droits",...op. cit. págs. 43-44

necesidad vital. El riesgo a la pérdida del empleo obligará a los trabajadores a hacer concesiones en materia de derechos fundamentales.

Por otra parte, no hay que olvidar la incidencia de la “trayectoria discontinua de permanentes entradas y salidas del mercado de trabajo” sobre la real eficacia de los derechos fundamentales. Como ha señalado Baylos, “la pérdida de puesto de trabajo supone la desaparición de derechos individuales y colectivos que se hacen derivar constitucional y legalmente de una situación de trabajo en activo. Extinguida ésta, al encontrar un nuevo trabajo, comienza normalmente de cero el goce de sus derechos laborales acordes con la nueva situación profesional que adquiere a partir de esa nueva inserción en el trabajo activo. Entretanto, sin empleo concreto no goza del derecho al trabajo activo y por consiguiente de ninguno de los derechos individuales y colectivos que se derivan de esta situación. Es decir la pérdida de empleo implica una degradación en el estatus de ciudadanía de estas personas. Y una limitación importante de sus derechos”<sup>137</sup>

Y por lo que respecta a los sectores afectados tradicionalmente por un grado mayor de precariedad, señaladamente los que desarrollan su actividad en el empleo irregular, clandestino o no declarado, las posibilidades de ejercicio parecen singularmente remotas, por no decir inexistentes. Los derechos se convierten en inconsistentes por la extrema vulnerabilidad de los trabajadores, dado el dominio ejercido en la relación de trabajo por parte del empresario, justificado por un espectro amplio de causas. La amenaza real de la expulsión, y el riesgo evidente de caer en la más absoluta pobreza<sup>138</sup>, impiden sencillamente a estos trabajadores desarrollar los derechos fundamentales de todo tipo, tanto los civiles como los sociales o laborales. Pero, a esa imposibilidad de ejercicio de derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo se une, además, la limitación de acceso a los más elementales recursos para tener una vida digna; esto es, “la precariedad vital”, entendida como

---

<sup>137</sup> BAYLOS GRAU, A.: “La desconstitucionalización del trabajo en la Reforma Laboral de 2012”, cit., págs. 36.

<sup>138</sup> Una caracterización general de la pobreza y en particular de la femenina, puede verse en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *El derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, Albacete 2013.

situación caracterizada por una imposibilidad de acceso a ciertos recursos o prestaciones del sistema de bienestar social necesarios para llevar a cabo una vida autónoma<sup>139</sup>.

La eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos por su estructura, parece más bien construida para las dos instituciones de la disciplina laboral tradicional: la empresa y el contrato. El contrato se superpondría a la empresa, confinando el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador al ámbito de la relación de dependencia y, excluyendo el ejercicio fuera del mismo.

Esta construcción resulta, sin embargo, hasta cierto punto inadecuada para garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de todos los trabajadores y en particular, de los de segundo orden. La construcción jurídica no satisface plenamente los interrogantes que surgen alrededor de los valores básicos que designan los mencionados derechos fundamentales y sobre su alcance universal.

Hacer una valoración de la eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos, como se acostumbra a hacer, sobre la base de su incidencia sobre el trabajador asalariado encuadrado en el marco contractual, es dejar en el olvido a la población laboral más caracterizada por la precariedad. Lo cual constituye, no ya un signo contracultural en el momento presente en que van adquiriendo cada vez mayor presencia las formas irregulares de empleo, sino una práctica abdicativa, que debilita la propia potencialidad ofrecida por la tutela de los derechos fundamentales

Es necesario configurar los derechos fundamentales de otra manera, poniéndolos en relación con el interés de tutela básico de los trabajadores, de forma que se reconozca mayor relevancia o peso a lo que constituyen condiciones mínimas de trabajo. En este sentido, permanece todavía inexplorada la posibilidad de sostener por medio de los derechos fundamentales una teoría orientada a salvaguardar a la persona humana de las condiciones más deplorables de condiciones de trabajo y de las formas más despóticas y arbitrarias de trabajo.

---

<sup>139</sup> TEJERINA, B., CAVIA, B., FORTINO, S., Y CLADERON, J.: *Crisis y precariedad vital*, Tirant Lo Blanch 2013, Valencia, pág. 29, citado por ROCHA SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J., DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A.: *Crisis, políticas de austeridad y trabajo decente*, cit., pág. 16.

No cabe olvidar que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce en un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales, al margen de cualquier situación jurídica concreta<sup>140</sup>. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que el trabajador es titular de los derechos fundamentales “en tanto que individuo e independiente de toda relación de trabajo establecida con el empleador”<sup>141</sup>. Por todo ello, el ámbito de efectividad de los derechos fundamentales debería ser susceptible de abarcar las variadas formas de empleo regular e irregular.

## **VI.- LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS A PARTIR DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD.**

Un replanteamiento de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral no debiera de perder de vista que lo que está en juego no es tanto la proclamación de los derechos fundamentales en la relación laboral cuanto la eficacia de su ejercicio y la preservación del núcleo irrenunciable del derecho inherente a la dignidad de la persona, que es la clave de los derechos fundamentales. Más allá de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral que nadie pone en cuestionamiento, lo inquietante viene a ser la pérdida de capacidad o de libertad real para el ejercicio de los derechos, sea en el orden contractual laboral o fuera de él, a consecuencia de las formas degradadas de empleo.

La degradación de las condiciones de trabajo pone en marcha un proceso de deterioro que trasciende la lógica contractual del intercambio del trabajo por salario. De ella se siguen consecuencias para la vida laboral y para el ámbito vital acotado por los derechos y el valor que representa el trabajo. Las víctimas de dichas condiciones sufren un doble perjuicio: aparte de la pérdida de condiciones estándar de trabajo, experimentan una fuerte restricción de sus derechos fundamentales, ya sea de manera directa porque tales condiciones debilitan su poder de acción, o ya sea de forma indirecta porque su condición no les da para acceder a algunos derechos básicos de protección social que se diseñan en consideración al trabajo regular y estructurado.

---

<sup>140</sup> DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 63.

<sup>141</sup> LEVADE, A.: “Regard constitutionnel sur l’exercice des libertés individuelles dans les relations de travail en France”, ...,op., cit., pág. 81

La referencia a los derechos fundamentales debe servir, por supuesto, para afirmar la efectividad en la relación laboral y reclamar que no se pisoteen las libertades individuales de la persona del trabajador, pero sobre todo para exigir que haya unas condiciones mínimas de dignidad en el trabajo y se garanticen unos beneficios mínimos inherentes al valor trabajo. Se debe tomar conciencia, ante todo, de que la libertad es auténtica en la medida en que, como señala Fabr -Magnan, otorga a la persona del trabajador la posibilidad, no solo de actuar, sino de elegir entre opciones envidiables y deseables<sup>142</sup>. Por más que se reconozcan derechos, si la realidad impide contradictoriamente realizarlas, carecen, a la postre, de la condición de derechos fundamentales.

Pero, además, se debe tener en cuenta que el reconocimiento de los derechos fundamentales implica de manera prioritaria el respeto a un mínimo de dignidad social. La interpretación que se hace de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, limitada a los de la sección primera del Capítulo segundo del Título I, a libertades como la de expresión, ideología, el derecho a la intimidad, etc.(los que tienen acceso al recurso de amparo constitucional) resulta quizá restrictiva en exceso.

Del deber de protección de los derechos fundamentales del trabajador deriva también un derecho subjetivo contra las formas más descarnadas y precarias de empleo. De un “insondable orden de valores” fundamentales se habría de seguir el derecho “al no aprovechamiento abusivo de las necesidades que tiene la persona de trabajar para obligarle a aceptar condiciones indecentes”<sup>143</sup>. No debe perderse de vista, como se ha señalado antes, que el valor trabajo representa algo más que el mero intercambio contractual, y que tan importante es la capacidad de acción como la no instrumentalización de la persona mediante formas conducentes a la degradación de la cualidad de ciudadano.

---

<sup>142</sup> FABRE-MAGNAN, M.: ”, “Les ‘vraies’ et les ‘fausses’ libertés du travailleur salarié. Réflexions   partir du droit français”, AA.VV (Dir. AUVERGNON, P.) *Libertés individuelle et relations de travail: le possible, le permis et l’interdit?  l ments de droit compar *, Université Monstequieu- Bordeaux IV, Presses Univerisitaires de Bodeaux, 2011, pág. 63.

<sup>143</sup> *Ibidem* pág. 67



Porque, ¿qué importan las limitaciones a los derechos de libertad de expresión o a la intimidad si el trabajador está sujeto a la más absoluta incertidumbre en sus condiciones de trabajo? ¿No supone acaso un menosprecio mayor a la libertad de la persona el tener a una persona con un contrato de cero horas pendiente las 24 horas sin garantizarle un trabajo ni un salario, o el tenerle con un contrato fijo discontinuo disponible cualquier día y a cualquier hora? ¿No debe haber acaso un umbral de intolerancia ética en las condiciones de trabajo que deba ser respetada y protegida como derecho fundamental?

Una solución propositiva que comporte una tutela efectiva en las distintas situaciones de agravio y de desamparo de los trabajadores, y que abarque a todos los tipos de trabajo productivo (más allá incluso de la relación laboral), podría venir de la mano del principio de dignidad.

Sabido es que la dignidad no está revestida en nuestro ordenamiento jurídico del carácter de derecho subjetivo fundamental, y, por tanto, impide el fundamento autónomo del recurso de amparo, pero esto no debe ser óbice para que pueda por sí sola aportar criterios axiológicos básicos. Las arbitrariedades o los conflictos que pueden suscitarse de las formas precarias de empleo pueden ser reducidos o aliviados por el recurso a este principio constitucional, siempre que se le dé un significado universal y una normatividad acorde con los textos internacionales.

Y es que la dignidad es un valor jurídico fundamental reconocido en el art. 10.1 de la Constitución, que “se erige, según ha señalado el Tribunal Constitucional, en un *mínimum invulnerable*” (STC 120/1990), que “ha de permanecer inalterado cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre” (STC 192/2003). La dignidad de la persona “*constituye- como ha precisado el TC- una cualidad ínsita a la misma, que, por tanto, corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí misma*” (STC 181/2004).

El Tribunal ha derivado de este principio constitucional, como se puede observar, la idea de un “mínimo infranqueable del que dispone la persona”<sup>144</sup>, que actuaría como límite a la libre disposición de la fuerza de trabajo por el empresario. Una exigencia que vendría a condicionar las opciones del legislador y del empresario en la fijación de las condiciones de empleo y que conformaría un insalvable obstáculo al libre funcionamiento del mercado. Sería como el umbral mínimo que uniforma a la humanidad, independientemente del origen, raza, sexo o condiciones personales y del tipo de relación laboral o profesional que se trabaje entre las partes.

Con todo, el problema del principio de dignidad radica, como bien ha sido advertido por la doctrina científica, en su carácter “indeterminado”<sup>145</sup> e inseguro, en su “polisemia” e “intima ambigüedad”<sup>146</sup>. Se trata de “una noción sin concepto”<sup>147</sup>, una idea sin sustantividad clara; un valor que no recibe una eficacia práctica e independiente de los demás derechos fundamentales”<sup>148</sup>.

Ciertamente no es fácil determinar qué es la dignidad, y las apelaciones al mismo, en muchos casos, “no parecen tener más sentido que el de prestar rotundidad, o cierta impostada gravedad de tono, a un resultado decisorio ya alcanzado, o en todo caso alcanzable, mediante el recurso a otros preceptos”<sup>149</sup>, y en concreto al de los derechos fundamentales. Al afianzamiento de tal consideración ha podido contribuir el propio TC al afirmar que “*solo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo, y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente*” (STC 120/1990).

---

<sup>144</sup> OJEDA AVILÉS, A., IGARTUA MIRÓ, M.: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008, pág. 152.

<sup>145</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *La dignidad de la persona y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 93.

<sup>146</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 191.

<sup>147</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, AA. VV. (Dirs. CASAS, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.) *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pág. 182.

<sup>148</sup> OJEDA AVILÉS, A., IGARTUA MIRÓ, M.: “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, cit., pág. 152.

<sup>149</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, cit., pág. 181.

Pero, sin perjuicio del empleo enfático en conexión con los derechos fundamentales, la idea de dignidad no es, en verdad, un principio desprovisto de sustantividad propia, ni es solo un “refuerzo retórico” que no aporte nada “resolutorio”<sup>150</sup>.

Ha habido ocasiones, en las que el propio Tribunal Constitucional se ha servido del concepto de dignidad para la interpretación de los principios rectores del Capítulo III u otros preceptos de la Constitución Española y deducir, además, referencias importantes, que vienen a significar una especificación de los atributos de la dignidad. Así, lo ha hecho en la STC 113/1989 (FJ 3), a propósito de la fijación legal de límites a la embargabilidad efectuada, entre otras normas, en el art. 22 de la Ley General de Seguridad Social para las prestaciones de la Seguridad Social, deduciendo la exigencia de un principio de suficiencia de los recursos vitales, tras poner en relación la dignidad con las prestaciones sociales suficientes de los artículos 39, 41, 43 y 47 de la CE<sup>151</sup> En la misma línea, en la STC 16/1994 (FJ 3) ha derivado también una exigencia de suficiencia económica en relación con la adopción de un criterio objetivo para el acceso a la justicia gratuita, concretando como una idea sustantiva de la dignidad la existencia del salario mínimo interprofesional que utiliza el legislador para determinar la capacidad económica para acceder a determinados beneficios (STC 16/1994)<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, págs. 184-185.

<sup>151</sup> STC 113/1989: “Los valores constitucionales, que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le reconoce el crédito, se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el art. 10.1 de la Constitución al cual repugna (...) que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna”.

<sup>152</sup> STC 16/1994, F J 4: “La utilización del doble del salario mínimo como criterio objetivo para determinar el límite económico por debajo del cual se tiene derecho a la justicia gratuita es un criterio respetuoso con el contenido indisponible del art. 119 C.E. El legislador español recurre con frecuencia al salario interprofesional como dato objetivo a partir del cual mide la capacidad económica para acceder a determinados beneficios o ayudas públicas (becas de estudio, beneficios fiscales, ayudas para el acceso a determinadas viviendas, etc.). También lo utiliza como criterio para fijar el nivel económico mínimo de subsistencia, cuya garantía viene exigida por el principio del respeto a la dignidad humana, que actúa, junto con otros elementos, para determinar, por ejemplo, la cuantía de recursos inembargables.

De todas formas, en las referidas sentencias, el Tribunal nos suministra unas pautas interpretativas insuficientes para extraer el contenido específico de la suficiencia económica necesaria para asegurar una vida digna. Se remite al salario mínimo determinado por el legislador sin aportar, -como bien señala Jiménez Campo, “algún criterio para valorar las respectivas cuantías”, lo que evidencia que estamos en el “espacio de lo relativo”<sup>153</sup>, o de lo quiera establecer el legislador.

Ello nos coloca ante el punto más crítico de la crisis del actual Derecho del trabajo y el de mayor confrontación entre el dato legal y la tutela de los intereses del trabajador, a saber: si en la lógica del mercado, en nombre de la productividad y de los imperativos de la crisis cabe cualquier opción de empleo.

Desde luego, es evidente que no. Ello no puede significar que cualquier opción política pueda llegar a convertirse en válida, pues la dignidad representa siempre un límite al legislador para evitar la instrumentalización de la persona (STC 53/1985, FJ 11), lo que comporta -como ha escrito Rodotà<sup>154</sup>- la irreductibilidad de la persona del trabajador a la sola dimensión del mercado y en particular por lo que respecta al cuerpo como fuente de beneficio.

El entendimiento acerca del mínimo invulnerable, que todo estatuto jurídico debe asegurar, ha de desarrollarse sobre la base del concepto de “Trabajo Decente”, desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, porque la dignidad de la persona comporta, ante todo, el derecho a un trabajo decente<sup>155</sup>, y porque, además, constituye una indicación general que deriva de la necesidad de construir una “sociedad

---

*Pues bien, este Tribunal ha tenido ocasión de reconocer, de forma implícita, que esta forma de fijar el nivel mínimo de supervivencia no resulta en modo alguno arbitraria o irrazonable (STC 113/1989). Por ello, si el salario mínimo interprofesional puede utilizarse como criterio objetivo para determinar el nivel mínimo vital de subsistencia, es decir, si puede considerarse razonable y proporcionada la presunción del legislador de que con el salario mínimo se pueden cubrir las necesidades vitales, igualmente razonable y proporcionada debe considerarse la presunción de que el doble del salario mínimo permite hacer frente a esas necesidades y a los gastos procesales o, si se prefiere, permite hacer frente a estos gastos sin poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia”.*

<sup>153</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, cit., pág. 183.

<sup>154</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 192.

<sup>155</sup> FABRE-MAGNAN, M.: “Les ‘vraies’ et les ‘fausses’ libertés du travailleur salarié. Réflexions à partir du droit français”, cit. pág. 63.

decente”<sup>156</sup>. El trabajo no es solo una mercancía, es la principal fuente de liberación de sus necesidades de la persona<sup>157</sup> y debe ofrecerse por tanto en condiciones decentes.

La OIT entiende por “trabajo decente” “un trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”. Aunque sea, como ha escrito de forma lapidaria De La Villa, “una nueva manifestación del fetichismo nominalista, presidida por tan buena voluntad cuanto soportada en la ambigüedad y en el voluntarismo”<sup>158</sup>, no se le debe negar su capacidad evocadora de la justicia social y transformadora de la realidad social. El concepto supone, en esencia, que “hombres y mujeres disponen de oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un salario justo, seguridad en el trabajo y protección social, ofreciendo mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social y garantizando los derechos de participación y asociación, así como de igualdad de oportunidades y de trato para todos y todas”<sup>159</sup>. En la Declaración sobre Justicia Social, la propia OIT encuentra una complementariedad entre la estrategia diseñada en pro del trabajo decente y los principios y derechos fundamentales<sup>160</sup>.

El concepto de trabajo decente encuentra, además, apoyo en diversos textos internacionales y muy señaladamente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>161</sup> que, aparte de prohibir en el artículo 5 la esclavitud, y el trabajo forzado u obligatorio, proclama en su artículo 31 el derecho de todo trabajador a “trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”<sup>162</sup>. Asimismo,

---

<sup>156</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 192-193.

<sup>157</sup> FABRE-MAGNAN, M.: “Les ‘vraies’ et les ‘fausses’ libertés du travailleur salarié. Réflexions à partir du droit français”, cit. pág. 65.

<sup>158</sup> DE LA VILLA, L. E.: “Voluntarismo y ambigüedad de las Declaraciones internacionales. El caso del trabajo decente”, *Revista de Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 107, pág. 130.

<sup>159</sup> Vid. MERINO SEGOVIA, A.: “Trabajo decente”, OMAL/ Observatorio de Multinationales en América Latina, <http://omal.info/spip.php?article4840>. ROCHA SÁNCHEZ, F., CRUCES AGUILERA, J., DE LA FUENTE SANZ, L., OTAEGUI JÁUREGUI, A.: *Crisis, políticas de austeridad y trabajo decente*, cit., pág. 16; AHMED, I.: “El trabajo decente y el desarrollo humano”, *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, nº 2. SEN, A.: “Trabajo y derechos” *Revista Internacional del Trabajo*, 2000, vol. 199, nº 2;

<sup>160</sup> Sobre los cuatro objetivos estratégicos del Programa de Trabajo Decente de las OIT, vid. DE LA VILLA, L. E.: “Voluntarismo y ambigüedad de las Declaraciones internacionales. El caso del trabajo decente”, págs. 126 y 127.

<sup>161</sup> Proclamada en Niza en 2000 e incorporada al Tratado de Lisboa de 2007 con carácter vinculante en virtud del art. 6 del mismo. El Tratado fue ratificado por España mediante Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (BOE 31-07).

<sup>162</sup> Contribuyen igualmente a su fundamento otros tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y culturales -que en su artículo 6 y 7 recoge el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias-, o la Carta Social Europea (ratificado por España mediante

guarda relación con otros derechos sociales consagrados en el articulado de la Carta de Derechos Fundamentales, como el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social y a la ayuda social para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (art. 34), el derecho a la atención sanitaria con un nivel elevado de protección de la salud humana (art. 35).

Aunque en teoría los referidos derechos tendentes a asegurar una vida digna solo son invocables, según el art. 51 del Tratado, cuando se aplique Derecho de la Unión, la doctrina considera que pueden ser invocados incluso más allá de su literalidad, toda vez que el art. 10.2 CE de la CE “no distingue entre el alcance de las normas internacionales de derechos humanos en diferentes ámbitos internacionales”<sup>163</sup>: Por otra parte, en la medida en que España forma parte de la UE, está obligada, en virtud del art. 52 del Tratado, a respetar el contenido esencial de los referidos derechos, de acuerdo con el estándar mínimo de protección alcanzado en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, cuando se introduzcan limitaciones mediante ley .

Con todo, la clave internacional de lectura no consigue ofrecer un entendimiento efectivo de las características de la dignidad. Pese a la dirección marcada por la OIT y las referencias normativas de los textos internacionales, el recurso en abstracto al trabajo decente no es de por sí suficiente al objeto de fijar unas pautas claras sobre los condiciones mínimas ligadas a la dignidad. La transformación de la dignidad en instrumento de imposición de valores limitativos de la libertad de empresa exigiría cifrar condiciones mínimas vitales de empleo. Y ello es seguramente imposible de hacer en general con relación a todas las formas de degradación de empleo, en tanto que el canon de medida ha de valorarse en cada caso, de forma específica, de acuerdo con las concretas condiciones establecidas por ley o a la luz de las concretas condiciones mantenidas por el empresario en la organización del trabajo.

---

instrumento de 6 de mayo de 1980) y la Carta Social Europea revisada (de 23 de octubre de 2000, no ratificada aún por España) .

<sup>163</sup> MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 52”, AA. VV. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2009, pág. 238; MANERO SALVADOR, A.: *El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional*, Fundación Alternativas, Madrid, 2013, pág. 36.

Y esa es una función nada fácil que corresponde a los jueces y tribunales. Una operación, por lo demás, bastante arriesgada, teniendo en cuenta que ello puede llevar a una peligrosa e inaceptable subjetivación de la dignidad. En tal sentido, parecen atendibles las críticas vertidas al respecto por cierto sector doctrinal, al considerar que “el recurso a la dignidad como barrera de contención propicia demasiada discusión como para constituir un canon fiable para el enjuiciamiento”<sup>164</sup>.

Ello no obstante, debemos admitir que los tribunales pueden colmar de forma efectiva las lagunas que existen en este terreno, estableciendo cuidadosos criterios de equivalencia entre la condición laboral digna y los elementos no solo laborales sino de protección social que integran el trabajo decente, “haciendo una reinterpretación en una lógica de indivisibilidad”<sup>165</sup>.

El recurso a la dignidad ya ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional de forma significativa en la controversia, relativa a los derechos fundamentales que han de corresponder a los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad administrativa en este país. En la Sentencia del TC 236/2007, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 de Reforma de la Ley de Extranjería, se declaran inconstitucionales las normas que condicionan a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España, el ejercicio de derechos fundamentales tales como el de educación, de reunión y manifestación, de asociación y libre sindicación.

Es importante destacar que para llegar a tal determinación, el TC se vale, por un lado, del criterio de la dignidad y, por otro, de la atenta observación de los Textos internacionales. El Tribunal recuerda que el primero de los límites a los que el legislador se ve sometido al regular el ejercicio de las libertades públicas es la dignidad de la persona, garantizada con abstracción de su situación administrativa, por lo que resulta necesario determinar el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene cada derecho concreto, partiendo de su contenido esencial. Por otra parte, entiende que para alcanzar una delimitación de los mismos, debe acudir a la

---

<sup>164</sup> FOTINOPOULO BASURKO, O., SEGALÉS FIDALGO, J.: “Dignidad frente a lealtad y fidelidad. En torno a la STC 192/2003”, *Revista de derecho Social*, nº 24, 2003, pág. 133.

<sup>165</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 199.

Declaración de Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, pues desempeñan una función hermenéutica clave.

El interés de esta Sentencia, aparte de residir en el valor que asume la dignidad como criterio definidor de los derechos fundamentales y no solo como mero acompañamiento retórico, -lo que pese a todo es cuestionado por Jiménez Campo<sup>166</sup>, por no aportar, en realidad, “criterio alguno objetivable” sobre “qué derechos, por inseparables de la dignidad, corresponderían a toda persona”- se halla en la presentación de la dignidad como “patrimonio de derechos que pertenecen a la persona cualquiera que sea su condición y el lugar en que se encuentra”<sup>167</sup>, y, por tanto, como fuente de determinación de la igualdad de trato.

Aún sin desconocer que, a tenor de lo dispuesto en el art. 13.1 CE,<sup>168</sup> no se pueden establecer los mismos derechos para todos, en la referida STC 236/2007 hay un reconocimiento de una completa igualdad entre españoles y extranjeros respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal. En tal sentido declara que *“existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos ‘en condiciones plenamente equiparables’ (a los españoles) (STC 95/2000). Estos derechos son los que ‘pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español’*. Ello permite afirmar, en suma, que la dignidad iguala a todos los seres, independientemente de su condición y del lugar en que vivan, y que esa dignidad se puede ver menoscabada cuando se discrimina injustificadamente a determinadas categorías de trabajadores<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, cit., pág. 185.

<sup>167</sup> RODOTÀ, S.: *Il diritto di avere diritti*, cit. pág. 192.

<sup>168</sup> Art. 13.1 CE: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”

<sup>169</sup> Vid. HEPPLÉ, B.: “Igualdad, representación y participación para un trabajo decente”, AA.VV. (dirs. SERVAIS, J.M., BOLLÉ, P., LANSKY, M., SMITH, CH.) *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI*, Informes OIT, MTYAS, Madrid, 2007, pág. 290.



Así mismo, no puede negarse el valor indudablemente significativo que puede revestir el recurso a la dignidad, también en sentido más general, como contrapeso a la flexibilización de las condiciones de trabajo y de las tipologías contractuales llevada a cabo mediante normas de desregulación, para determinar qué situaciones de desigualdad entre diferentes categorías de trabajadores -esto es, como señala Barbera<sup>170</sup>- entre los *insider* o los *outsider* (o sea entre los trabajadores que están dentro de los sectores del trabajo estable y regular, y los trabajadores que no consiguen acceder) o entre los ocupados-, pueden resultar intolerables por no ofrecer condiciones de un trabajo decente. Del principio de dignidad es posible deducir criterios para deslegitimar diferencias en materia de empleo, condiciones de trabajo y de protección social, bien sea entre los que trabajan, bien sea entre los ocupados y los desempleados, si se verifica que no van unidos a un concepto de desarrollo socialmente justo y equitativo como el que demanda el trabajo decente.

Todo ello sin perjuicio de que la igualdad puede representar por sí mismo un valor relevante para desechar manifestaciones significativas de desigualdad sin necesidad de buscar conexiones con la dignidad, aunque, como cualidad ínsita a todos los derechos fundamentales y por tanto, también a la igualdad, siempre esté latente. Una significativa manifestación de la aplicación de la igualdad *tout court* y, por tanto, sin desarrollar un argumento objetivo acerca del trabajo decente, se encuentra en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, cuya doctrina ha sido posteriormente asumida por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia de 14 de marzo de 2013 (STC 61/2013)<sup>171</sup>, en relación con la fórmula de cálculo de los periodos de cotización en los contratos laborales a tiempo parcial, establecido por la Ley General de Seguridad Social. En ambas sentencias se sostiene que el mantenimiento de la diferencia de trato en el cálculo de los periodos de cotización entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social provoca una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que, aun cuando la disposición es formalmente neutra, se constata a través de los datos estadísticos, que el contrato a tiempo parcial es una institución que

---

<sup>170</sup> BARBERA, M.: “Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità”, AA. VV. (a cura di BARBERA, M.): *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè Editore, p. XXIV.

<sup>171</sup> Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. (Comentario a la STC 61/2013, de 14 de marzo)”, *Revista de Derecho Social*, nº 61, 2012, págs, 135 y ss.

afecta mayoritariamente a las mujeres y que, por tanto, la fórmula perjudica a las mujeres, haciendo especialmente gravoso o desmedido el acceso a la pensión de jubilación, al ser necesario un mayor número de días trabajados, para acreditar el periodo de carencia requerido.

Es un recurso igualmente útil para enfrentarse a las consecuencias desigualitarias de las políticas laborales adoptadas últimamente por los sucesivos gobiernos de la nación, y que han provocado un significativo deterioro de las condiciones de trabajo y de vida de parte importante de la población<sup>172</sup>. En tal sentido la tutela antidiscriminatoria puede desempeñar un papel importante en la exclusión de las diferenciaciones injustificadas y en la consecución de unas condiciones dignas en todos los sectores de la población laboral.

Donosti, 24 de enero de 2014.

---

<sup>172</sup> Vid. CARRILLO, M.: “L’impacte de la crisi sobre els drets de l’ambient social”, *Revista catalana de dret públic*, núm 46, 2013, págs. 47 y ss.