

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE CRÍTICA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: AMENAZAS Y OPORTUNIDADES EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DE LA EMPRESA

CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

cmolina@ujaen.es

RESUMEN

Algo eclipsada por el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras, la libertad de expresión en el seno de las relaciones de trabajo conoce hoy, y crecerán en el futuro inmediato, nuevos escenarios de actualidad. Sin embargo, no todo son oportunidades de desarrollo como un útil derecho de crítica y denuncia (ej. Directiva *Whistleblowing*) en interés laboral y social, también se ve atenazada por barreras que buscan una espiral de silencio en el seno de las empresas. Es el caso de los Códigos de Conducta ética, que requieren de la autorización previa para la comunicación laboral, sobre todo en el espacio de las redes sociales, siendo avaladas en varios casos por la jurisprudencia. Asimismo, como ilustra el fallo, si bien adoptado por una pírrica mayoría, de la STC 190/2020, 22 de diciembre, también la libertad de expresión laboral se vería recortada por una concepción expansiva de ciertos delitos que, como el ultraje a la bandera, exigen una despenalización urgente. Este estudio lleva a cabo un intento de reconstrucción global del estado del arte interpretativo, así como las posibilidades de futuro, de un derecho esencial sea para el necesario estatuto de derechos cívicos laborales socialmente responsables sea para una democracia pluralista.

Palabras clave: Libertad de expresión; canal de denuncias; redes sociales; alerta ambiental laboral

ABSTRACT

Somewhat eclipsed by the right to data protection of working people, freedom of expression in the bosom of work relationships is known today, and new current scenarios will grow in the immediate future. However, not all are development opportunities such as a useful right of criticism and complaint (eg Whistleblowing Directive) in labor and social interests, it is also hampered by barriers that seek a spiral of silence within companies. This is the case of the Codes of Ethical Conduct, which require prior authorization for employment communication, especially in the space of social networks, being endorsed in several cases by jurisprudence. Likewise, as the ruling, although adopted by a pyrrhic majority, of STC 190/2020, December 22, illustrates, freedom of expression at work would also be curtailed by an expansive conception of certain crimes that, such as the outrage of the flag, demand urgent decriminalization. This study carries out an attempt at global reconstruction of the state of the art interpretive, as well as the possibilities for the future, of an essential right both for the necessary statute of socially responsible civic labor rights and for a pluralist democracy.

Keywords: Freedom of expression; complaints channel; social media; labor environmental alert.

RESUMO

Algo eclipsada polo dereito á protección de datos das persoas traballadoras, a liberdade de expresión no seo das relacións de traballo coñece hoxe, e crecerán no futuro inmediato, novos escenarios de actualidade. Non obstante, non todo son oportunidades de desenvolvemento como un útil dereito de crítica e denuncia (ex. Directiva *Whistleblowing*) en interese laboral e social, tamén se ve atenazada por barreiras que buscan unha espiral de silencio no seo das empresas. É o caso dos Códigos de conduta ética, que requiren da autorización previa para a comunicación laboral, sobre todo no espazo das redes sociais, sendo avaladas en varios casos pola xurisprudencia.

Así mesmo, como ilustra o fallo, aínda que adoptado por unha pírrica maioría, da STC 190/2020, 22 de decembro, tamén a liberdade de expresión laboral veríase recortada por unha concepción expansiva de certos delitos que, como a ultraxe á bandeira, esixen unha despenalización urxente. Este estudo leva a cabo un intento de reconstrución global do estado da arte interpretativa, así como as posibilidades de futuro dun dereito esencial, sexa para o necesario estatuto de dereitos cívicos laborais socialmente responsables, sexa para unha democracia pluralista

Palabras chave: Liberdade de expresión; canle de denuncias; redes sociais; alerta ambiental laboral.

SUMARIO

1.Introducción: ¿personas trabajadoras transparentes, empresas opacas?- 2. El escenario de la digitalización: los códigos de conducta confunden buena fe con un renaciente deber de lealtad.- 2.1. La libertad de expresión en el ambivalente entorno de las redes: derecho a la crítica digital incómoda de la empresa.- 2.2. Código de conducta: ¿ley privada mordaza revestida de deberes ético-sociales?- 2.3. Cláusulas de confidencialidad, derecho de crítica digital y deporte profesional.- 2.3.1. ¿los clubes deportivos pueden ser, de facto, empresas de tendencia?: relevancia laboral de la conducta extralaboral.- 2.3.2. Una espinosa relación: el deporte profesional y política (libertad ideológica).- 2.3.3. La lucha contra el racismo en el deporte es un imperativo constitucional: ¿es sancionable una conducta racista por asociación de pareja?- 3. Nuevos escenarios de pluralismo social: ¿es delito un desprecio a la bandera en el contexto de conflicto laboral?- 3.1.¿el principio democrático debe tolerar la crítica desabridada de sus instituciones y símbolos?- 3.2. El contexto de conflicto laboral priva de relevancia penal el desprecio a la bandera.- 4. Un nuevo tiempo de favor por los canales de denuncia: del silencio corporativo a la transparencia.- 4.1. Protección de las personas denunciantes en la antesala de la transposición de la directiva «whistleblowing».- 4.2. De la denuncia interna a

la crítica-alerta: libertad de expresión laboral, útil en la defensa de la sostenibilidad ambiental.- 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: ¿PERSONAS TRABAJADORAS TRANSPARENTES, EMPRESAS OPACAS?

En el ámbito externo (social) a las empresas los conflictos entre la "libertad de expresión" y sus límites (proscripción del insulto, "delitos de odio" ex art. 510 CP, etc.) ex art. 18 CE ocupan un papel estelar en los nuevos escenarios de la ciudadanía civil y de la acción político-institucional. Piénsese, por ejemplo, en el crecimiento en España de los denominados "delitos de odio" (también de los de ofensa al sentimiento religioso, o de enaltecimiento del terrorismo, o de injurias a la Corona), con la proliferación de condenas (ej. la del rapero Pablo Hasél), algunas discutibles en extremo. Tanto que llevó al Gobierno a plantear su reforma legal por las limitaciones excesivas que supondrían para la libertad de expresión, en línea con lo advertido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De ahí que proponga eliminar su dimensión penal, o, cuando menos, que dejen de castigarse con penas privativas de libertad, los "excesos verbales que se cometieran en el contexto de manifestaciones artísticas, culturales o intelectuales"¹

Por contraste, en el ámbito interno de las empresas, en el que podemos llamar contexto de las relaciones de trabajo, pareciera que el ejercicio de aquel "derecho fundamental inespecífico"² por las personas trabajadoras, no ameritaría particulares titulares mediáticos, por la -aparente- ausencia de novedades reseñables respecto de su comprensión desde hace años, a través de una copiosa jurisprudencia, acuñada

¹ De interés el resumen divulgativo en: *El Gobierno plantea la reforma de los delitos sobre libertad de expresión y eliminará las penas de prisión.* <https://www.publico.es/sociedad/gobierno-plantea-reforma-delitos-libertad.html>

² Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "Los derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos". En AAVV. (Dir. Sempere Navarro). *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ed. Aranzadi, Madrid. 2003.

en decenas de sentencias constitucionales. Pongamos aquí un ejemplo igualmente que lo ilustre.

La STS, 4^a, 1134/2020, 21 de diciembre, ha merecido una gran difusión mediática, en prensa y redes sociales, porque, con razón, ha confirmado la nulidad de un párrafo del artículo 8.2 de la Ordenanza del Banco de España que, en desarrollo del Código de Conducta para su personal, obligaba a sus personas empleadas a entregar la declaración del IRPF en procesos de verificación de operaciones financieras privadas. El TS consideró que esta exigencia, pese a ampararse en la loable lucha preventiva contra eventuales conductas desleales, vulnera el derecho a la protección de datos de carácter personal.

¿Y qué tiene que ver esto, cabría preguntarse, con el ejercicio efectivo de la libertad de expresión en el seno de las relaciones de trabajo? Más de lo que parece a primera vista. Al igual que la Audiencia Nacional (AN), el TS desestimaré la demanda sindical de nulidad de otros preceptos del referido Código de Conducta en los que, en línea con la gran mayoría de estos instrumentos de reforzamiento de los deberes éticos (deberes de lealtad a las razones y/o intereses de empresa), se exige autorización previa para realizar ciertas actividades extralaborales: conferencias, creación literaria, participación en coloquios, programas, etc., si tienen que ver con cualquier actividad relacionada con las funciones del Banco de España; concesión de entrevistas, o suministro de informaciones o valoraciones relacionadas con el trabajo, etc. Para el TS no hay restricción desproporcionada de la libertad de expresión. Ni rastro hallamos en la sentencia de la doctrina del TEDH. Esta, dictada en el sector bancario y análoga exigencia de conducta confidencial, garantiza el ejercicio de la libertad de expresión por encima de las prohibiciones de autotutela empresarial (garantía añadida para dar prevalencia de la imagen o del valor reputacional de la entidad por encima del derecho de crítica de las personas empleadas). Me refiero a la STEDH de 5 de noviembre de 2019 (caso Herbai c.

Hungría), sí citada por la STC 146/2019, 25 de noviembre³, sobre la que luego volveremos.

El derecho “de moda” es la protección de datos (art. 18.4 CE), secundaria queda la libertad de expresión (art. 20 CE). La paradoja es manifiesta. De un lado, las empresas, en una economía de datos, cada vez piden más “transparencia” a las personas que emplean. En cambio, de otro, les piden el mayor silencio posible sobre datos de empresa (cláusulas de confidencialidad), a fin de blindar su valor reputacional, incluso en actividades extralaborales, offline u online. Algo así como una “ley del embudo” (la parte ancha - transparencia de las personas empleadas- para la empresa). Inequívocas serían, al respecto, en el ámbito de políticas de restricción de la libertad sindical en favor de las de confidencialidad, la STS, 4ª, 1033/2020, 25 de noviembre (viola la libertad sindical la prohibición de distribuir información sindical en papel), y la SAN 40/2018, 6 de marzo (viola el derecho a la libertad de expresión la exigencia, por el Código de la Banca March, de autorización previa para cualquier interlocución con medios, también para la difusión en redes sociales).

Veremos otros ejemplos que ilustran que a las empresas no les suele gustar la crítica de las personas que emplean en su seno, utilizando los códigos de conducta como medidas de prevención de eventuales usos erosivos de la reputación de las empresas (las personas jurídicas no tienen un derecho al honor propio, sí a la reputación social -imagen de marca-). En un ámbito diverso al bancario, como el de los grandes clubes deportivos, comprobaremos estas asimetrías respecto de la transparencia comunicativa. Así, se denunció que el Barcelona contrató los servicios de una entidad para criticar en red a sus jugadores, erosionando su reputación, y su honor profesional⁴; en cambio, la justicia social

³ Ampliamente, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: Entre eficiencia de gestión y garantías*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 346 y ss.

⁴ El servicio contratado era la creación de estados de opinión crítica en las redes sociales a través de cuentas, erosionando su reputación. *El Barça*

confirma la nulidad del despido de un jugador de baloncesto del Barça -Joy Dorsey- por criticar al club en Instagram, cuando lo tenía prohibido por código de conducta y por convenio -ATS, 4ª, 2 de abril de 2021, RCU 4717/2019-).

No será este el único nuevo gran escenario actual que poner a prueba la capacidad de la libertad de expresión, en su dimensión de derecho de crítica, social y/o laboral, de las personas empleadas de políticas y/o prácticas de su empresa. Precisamente, evidenciando la estrecha conexión entre lo que sucede extramuros de la relación laboral (el entorno o ambiente social externo) y lo que tiene que ver en su seno (ambiente interno), sí ha tenido un gran eco social la STC 190/2020, de 15 de diciembre. Esta decisión, adoptada por mayoría, con numerosos y fundados votos particulares, ha confirmado la condena penal a un sindicalista por ultraje a la bandera (art. 543 CP), infravalorando el contexto de conflicto laboral (huelga previa) en el que su crítica se enmarca.

Tampoco esta vertiente sociolaboral del nuevo contexto sociopolítico, e incluso ideológico-cultural, de los límites a la libertad de expresión agota realmente su actualidad. En su faceta de derecho a la crítica-denuncia, interna y/o externa, de situaciones que, aun eventualmente perjudiciales para la empresa al ser desveladas, pueden ser útiles a intereses sociales o generales, adquiere una peculiar transcendencia ante el cada vez más cercano horizonte de la transposición de la célebre Directiva 2019/1937/UE, relativa a la protección efectiva de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la UE («Whistleblowing»)⁵. Aunque esta Directiva, inserta en el entorno del nuevo

contrató a una empresa que utilizaba cuentas falsas en las redes para criticar a jugadores y opositores.
<https://www.lavanguardia.com/deportes/fc-barcelona/20200217/473635209676/bartomeu-barcelona-polemica-redes-sociales.html>

⁵ LOUSADA AROCHENA, José Fernando-RON LATAS, Ricardo Pedro. *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2020.

marco o sistema de garantías del cumplimiento normativo efectivo (*compliance*⁶), no tiene una faceta específicamente laboral, sí alienta a las personas trabajadoras a seguir los canales de denuncia, ofreciendo una protección reforzada que anticipó la STC 146/2019 (ampara a una persona denunciante, interna y externamente, de irregularidades de su empresa)

En suma, son todas razones que avalarían la necesidad, al menos la conveniencia, de hacer, desde el punto de vista jurídico-laboral, una profunda revisión del estado del arte interpretativo en esta materia. La libertad de expresión en el seno de la empresa, como garantía del derecho fundamental a la crítica (denuncia y/o alerta) del propio empleador, o los que con él se relacionan económicamente, es una clave del principio democrático del Estado constitucional de Derecho. Y, como reza la icónica STC 88/1985, 19 de julio, las empresas no pueden vivir de espaldas a él, so pena de tornar a un intolerable "feudalismo industrial, aun digital".

En este estudio trataremos de exponer, con una relativa brevedad, los principales hitos jurídico-laborales de la debida revisión de tan crucial derecho cívico (inespecífico) laboral. Un derecho que debe formar parte también, por supuesto, de un renovado estatuto jurídico de ciudadanía civil socialmente responsable de las personas trabajadoras en el seno de las empresas y de sus contemporáneos entornos comunicativos, también digitales, sin duda.

⁶ BACHMAIER WINTER, L.: "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión", *Diario La Ley*, núm. 9539, 2019

2. EL ESCENARIO DE LA DIGITALIZACIÓN: LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA CONFUNDEN BUENA FE CON UN RENACIENTE DEBER DE LEALTAD.

2.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL AMBIVALENTE ENTORNO DE LAS REDES: DERECHO A LA CRÍTICA DIGITAL INCÓMODA DE LA EMPRESA

Que las redes sociales tienen tanta trascendencia como ambivalencia no es ninguna novedad. Esto es, bien sabido resulta hoy que ofrece tantos beneficios comunicativos como riesgos para un orden de convivencia respetuoso con valores democráticos, fuera y dentro de las empresas. No sorprende, pues, que las empresas recelen del acceso de las personas trabajadoras al universo de internet. Otra cosa es prohibirlo. La STS, 4ª, 332/2021, 22 de marzo, revocando la de instancia (AN), favorable a esa prohibición, anula la política de AENA de impedir a parte de las personas empleadas el acceso a través de Internet a páginas web de contenido sindical, pues vulneraría la libertad sindical y la igualdad.

Por supuesto, la libertad no es solo informativa (pasiva y activa), también lo es de expresión, derechos comunicativos relacionados pero diferenciados (el primero tiene el límite de la veracidad, el segundo el límite de la prohibición de insulto). De ahí que integre la crítica, en red, de la conducta de otro, aun desabrida, molesta o inquietante para quien se dirige (STC 190/2020, 15 de diciembre, FJ 3; STSJ Cantabria 51/2019, 21 de enero).

Inequívoca es la STEDH de 5 de noviembre de 2019. En ella se garantiza el primado del derecho a la libertad de expresión en red de un bloguero del sector de banca frente al celo empresarial por preservar su imagen corporativa. En contra de la validez del despido acordado asumido por los tribunales húngaros, el TEDH tomará partido por la libertad, si bien en este caso no se expresó en términos de crítica, sino de intercambio de información profesional con personas blogueras de su sector. En este caso, el ejercicio de la libertad comunicativa en red no tenía daño real alguno para el banco, lo que exigía ser ponderado en defensa de la

libertad cívica, y profesional, de la persona trabajadora internauta. No puede esgrimirse aquí la defensa preventiva del interés a la clientela potencial (también la STC 89/2018, 6 de septiembre).

En el ámbito de las relaciones profesionales autónomas, la reciente STS, 1ª, 222/2021, 20 de abril también primará la libertad de expresión en su dimensión de derecho a la crítica digital empresarial, por parte de un profesional de la abogacía, en detrimento del derecho a la reputación empresarial -dado que las sociedades no tienen derecho al honor-. Los comentarios en red se referían a la actividad de las sociedades, dedicadas a la gestión de cooperativas, y en ellos se realizaban advertencias sobre la administración y liquidación de hecho de las cooperativas cuya gestión les había sido encomendada. A diferencia de las sentencias de instancia y apelación, que primaron el derecho a la reputación de las empresas, el TS ampara tales manifestaciones críticas a una actividad empresarial, por su relevancia social⁷

La libertad de expresión crítica no es un derecho absoluto, menos en el contexto laboral, donde el interés empresarial tiene una especial protección contractual. De ahí que se sujete a restricciones, si están justificadas y proporcionadas. Lo recuerda la reciente SAN 65/2021, 31 de marzo. Esta legitima la cláusula convencional de confidencialidad en relación con la gestión de incendios de TRAGSA.

En su virtud, las personas trabajadoras que forman parte de los dispositivos de prevención-extinción de incendios no podrán invocar la titularidad -debería ser solo el ejercicio- de las libertades comunicativas (información -art. 20.1.d- y expresión -art. 20.1 a CE-, pues carecen de ellas "cuando se trata de información, instrucciones internas, documentación, mensajes, imágenes o videos que se conozcan con motivo del desempeño de la actividad

⁷ Las condiciones de legitimidad serían: interés público relevante, apariencia de veracidad de lo comentado, pese a tratarse de juicios u opiniones, no informaciones propiamente, y proporcionalidad -no hay exabruptos-.

laboral". Ello sin perjuicio -matiza- de su derecho a "narrar en sus cuentas detalles o anécdotas relacionados con su trabajo", siempre "fuera del horario laboral". Al respecto, introduce una cautela a la autorización comunicativa exterior en red que blinda, exigiendo a las personas empleadas guardar un "especial cuidado" para evitar (prevenir) la posibilidad de que su información-comentario puede leerse "como un respaldo de TRAGSA, poniendo en peligro la independencia y el prestigio de la empresa". Por lo tanto, ni pueden utilizar "contenidos propiedad de TRAGSA" ni posibilitar la confusión "entre sus cuentas personales y profesionales". En suma, la libertad se restringiría a cuentas privadas y fuera de jornada.

Ciertamente, el ejercicio de estos derechos comunicativos no está exentos de riesgos, incluso de despido. Las fronteras entre el derecho a la crítica incómoda y el perjuicio a la reputación de la empresa no siempre son fáciles de deslindar (STC 190/2020), ni los límites entre aquella crítica desabrida e incluso de mal gusto, y la prohibición del insulto (ej. STS, 4ª, 347/2019, 8 de mayo: la libertad de expresión de una organización cooperativa no ampara ataques sindicales en red; en el ámbito civil, muy ilustrativa de estas dificultades es la STS, 1ª, 235/2020, 2 de junio). Crecen, así, las controversias judiciales en relación con este nuevo ámbito de conflictos entre personas empleadas y sus empresas, dentro y fuera del trabajo.

En efecto, buena parte de esas situaciones se dan fuera del tiempo y lugar de trabajo, así como a través de dispositivos electrónicos y redes privados, no de empresa, o de las organizaciones (ej. STSJ Madrid 600/2020, 30 de junio, que califica de injuriosa la crítica en red de una afiliada al sindicato). El ejercicio fuera del tiempo de disposición comprometido con la empresa y la titularidad privada de la red (STC 27/2020, 24 de febrero -respecto del derecho a la imagen), así como el carácter fundamental de la libertad en juego, debiera jugar a favor de esta, no de la posición empresarial (ej. STSJ Madrid 555/2020, 30 de junio -considera irónico, no crítico, un comentario en red de una

empleada de compañía aérea-. Pero no siempre es así, al contrario, a menudo la libertad termina pagando el precio de una sanción o despido.

No es inusual el recurso al poder disciplinario en tales casos, contando con el aval de la doctrina judicial. Es el desenlace, de la STSJ Cataluña 30 de enero de 2017, rec. 6712/2016 -procedencia del despido por la crítica en red de la trabajadora a la empresa, con daño a su imagen-. O el de la STSJ Murcia 448/2017, 26 de abril (procedencia del despido de una representante sindical por su campaña crítica en redes contra la gerente de un centro-), o la STSJ Madrid, 342/2019, 1 de abril (procedente el despido por mensajes críticos difundidos en red, que se entienden alentadores de una reacción violenta contra el jefe-), entre otros⁸. Incluso se acude a la vía penal en tales casos. Como, por ejemplo, en el asunto resuelto por la SAP Burgos 327/2019 30 de septiembre.

En ella se condenó a una empleada de perfumería por escribir en FB comentarios vejatorios contra la encargada y, en consecuencia, provocar un daño a su honor. O, el muy mediático, también claramente inaceptable socialmente, caso de la mujer que, en redes sociales, deseó en 2018, a Inés Arrimadas, que la "violasen en grupo"⁹, como forma de evidenciar su rechazo a su campaña en Cataluña. La condena fue por delito de odio y discriminación ideológica. Pero previamente, en el ámbito laboral, había sufrido la

⁸ De interés también la STSJ IC/Las Palmas, 532/2020, 28 de mayo (con voto particular). Se da cuenta de la decisión empresarial de despedir a 6 trabajadores por la crítica realizada a la vida personal de lujo del empleador mediante la distribución de fotografías obtenidas de FB. Luego se desistió de varios de ellos por no haber quejas de la clientela. Los dos despidos que se realizan son declarados procedentes, sin que se constate por la mayoría una violación de la libertad sindical -que sí aprecia el voto particular-. También la STSJ Madrid 804/2019, 19 de julio (procedencia del despido de un trabajador por criticar en red a la empresa, también a sus compañeros)

⁹ Una buena síntesis de la condena: Condenan a cuatro meses de prisión a la mujer que deseó una violación "en grupo" para Inés Arrimadas <https://www.elmundo.es/cataluna/2018/01/09/5a54a50a46163f7b448b4646.html>

“condena” a un despido ipso facto. Y ello pese a que en sus comentarios nunca identificó a la empresa, por lo que no pudo perjudicar su imagen.

La empresa hizo prevalecer su (pretendido) compromiso social con los valores esenciales de la sociedad democrática (art. 10 CE), en los que la violencia en general, y la violación en particular, no tienen cabida, no deben tener cabida. De ahí una reacción inmediata y ejemplarizante. La gravedad de la conducta extralaboral derivaría en una sanción rotunda (nada menos que la máxima en la organización: la expulsión mediante el despido) desde el código de conducta laboral. En suma, la interiorización por la empresa, a través de su responsabilidad social, del orden externo de convivencia derivó en razón justificativa suficiente para una medida de autotutela empresarial del orden interno de convivencia, aunque no se vea directamente afectado.

2.2. CÓDIGO DE CONDUCTA: ¿LEY PRIVADA MORDAZA REVESTIDA DE DEBERES ÉTICO-SOCIALES?

El incivismo de este comentario merece reproche penal y social. Pero, por fortuna, no es usual. Sí se ha normalizado, y debe mover a una revisión, los Códigos de Conducta ética para formalizar políticas internas de protección de la imagen corporativa frente a eventuales comentarios críticos en redes por sus personas empleadas.

Se busca, después de ser sometido a pactos de adhesión individual, una auto-limitación de las expectativas de ejercicio de libertades comunicativas, a través del “consentimiento informado” al plus de conducta ético-social que el Código conlleva (STSJ Andalucía/Sevilla 1736/2017, 8 de junio). Con un redactado u otro, proliferan estas cláusulas de blindaje (confidencialidad y reserva) frente a la crítica, a fin de implicar a las personas empleadas con los compromisos ético-sociales asumidos por las empresas, hasta “aceptar” renunciadas y/o restricciones comunicativas.

Lo hemos visto en relación con los Códigos del Banco de España y de la Banca March, así como en el caso del Banco

húngaro, apenas un puñado de experiencias de una política más extendida, también fuera de este sector. Aunque en el caso del Código del Banco de España se rechaza que, ante el desigual redactado de ambos en relación al requisito de la autorización previa, sea aplicable la doctrina aplicada al Código de la Banca March (STS, 4ª, 1134/2020, 21 de diciembre), lo cierto es que todos muestran un claro favor por la restricciones (proporcionadas o no, según los casos). En suma, los Códigos de Conducta y sus protocolos de usos razonables (autocontención) de las redes limitarían el alcance de la libertad crítico-comunicativa; pero debería ser al revés.

El análisis de la experiencia, no solo española, también en otros países europeos, como el belga, evidencia la relevancia que, en la protección prevalente del prestigio social de la empresa tienen, por encima incluso de la eventual cualidad de empresa de tendencia, los compromisos internos¹⁰. Ahora bien, como recuerda la STC 27/2020, este tipo de cláusulas son adhesión y, por tanto, sin un consentimiento real. Desde este punto de vista, y en todo caso, en el debido juicio de justo equilibrio, debe tenerse en cuenta que es la libertad la que ocupa un lugar preferente, no la imagen de empresa, en la medida en que ni siquiera se trata -si de personas jurídicas hablamos- de un derecho personal al honor, sino un derecho patrimonial al respeto de su imagen social.

Esta necesaria revisión ponderativa, primando la libertad sobre la política interna de empresa, siempre dentro de un equilibrio razonable, ha sido bien razonada por la STSJ Madrid 555/2020, de 30 de junio. En ella se afirma que una política de empresa sobre la participación en redes de su personal, en la que se procura proteger la reputación o imagen social de aquélla, no puede primar, menos incondicionalmente, aun si cuenta con una cláusula de adhesión individual, sobre el ejercicio efectivo de los

¹⁰ Cfr. LÓPEZ BALAGUER, M.: "Libertad de expresión y redes sociales: ¿Es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?", *Temas Laborales*, n. 146, pp. 105-106.

derechos fundamentales -la libertad de expresión- de las personas empleadas (FJ 2, párrafo 6).

2.3. CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD, DERECHO DE CRÍTICA DIGITAL Y DEPORTE PROFESIONAL

2.3.1. ¿Los clubes deportivos pueden ser, de facto, empresas de tendencia?: Relevancia laboral de la conducta extralaboral

Esta misma interpretación jurisdiccional de prevalencia de la libertad de expresión, frente a las políticas dirigidas a su limitación, la hallamos en la STSJ Cataluña 4121/2019, 9 de septiembre. Esta decisión presenta varios puntos de interés. El primero, el que haya devenido firme, en virtud del citado ATS, 4ª, 2 de abril de 2021, que no aprecia contradicción. El segundo, por el ámbito de relaciones de trabajo en el que se desenvuelve, siempre envuelto en notables peculiaridades, como son las relativas al deporte profesional. El tercero, y en conexión con aquél, por lo difundido que está en este ámbito el recurso a las cláusulas de confidencialidad y de reserva, a fin de blindar una notable opacidad sobre el funcionamiento de las relaciones profesionales en su seno. Y, sin embargo, pese a todo, aquí ha primado la efectividad del derecho del jugador profesional, como persona trabajadora y ciudadana que es, antes que gran estrella deportiva.

En este asunto, se declara nulo el despido de un conocido jugador de baloncesto del Barça, con la consiguiente obligación de readmisión -aunque juega actualmente en la liga chipriota-, más una indemnización adicional por daño moral, reparadora, también disuasoria, de 25.000 € ex art. 181 LRJS. De este modo, y al margen de la pérdida de valor real de esta readmisión en la práctica (por el cambio de liga, no solo de equipo), la sanción de nulidad se suma a la medida indemnizatoria, confirmando una solución consolidada, pese a las dudas sembradas, indebidamente, por la STC 32/2021, de 15 de febrero, sen el ámbito de las violaciones de los derechos de privacidad (la indemnización

sería inherente a la violación del derecho, no así la nulidad del despido¹¹)

Desde esta visión, la reciente decisión del TSJ Cataluña primará el orden constitucional sobre el contractual. En efecto, el contrato y el Reglamento interno del primer equipo preveían la obligación de autorización previa, exigiéndose, en todo caso, que la participación en redes, obligatoria, siempre se hiciese en defensa de la mejor imagen del club, evitando toda cuestión espinosa, deportiva o social (comentarios racistas o no respetuosos con ciertos valores de la sociedad en que se inserta el club). Se concretaba así la habilitación general del art. 7.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio (relación laboral especial de los deportistas profesionales) para acotar de forma restrictiva, contractual y convencionalmente, el ejercicio de la libertad de expresión

Sin embargo, no suelen fijar especiales restricciones los convenios, sino los códigos de conducta internos. Del mismo modo que la norma legal acota esas restricciones adicionales "por razones deportivas debidamente justificadas", por tanto, no en virtud de cualquier razón social. Aunque el art. 17.2. del citado RD 1006/1985 sí faculta a los clubes a imponer sanciones a los deportistas por conductas extradeportivas si, de un lado, repercuten grave y negativamente en su relación, esto es, en su rendimiento profesional deportivo, o, de otro, "*menoscaban de forma notoria la imagen del club*".

De este modo, de facto, no de derecho, las entidades deportivas aparecerían como si de empresas de tendencia se tratara. La libertad de expresión, pues, hallaría limitaciones en este ámbito que no tendrían amparo en otras relaciones, si el profesional pudiera perjudicar de forma relevante el ideario o valores deportivos o sociales asociados a esta actividad (STSJ Cataluña 6 de julio de

¹¹ Una crítica sugerente en TODOLÍ SEGALÉS, Adrián. "Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de Derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional", Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF), 459, junio 2021

2017). La defensa de una ejemplaridad social fuera del deporte halla reflejo en más de una decisión jurisdiccional (ej. conducir ebrio, infringiendo el deber de ejemplaridad cívica¹²).

Ahora bien, conviene -es obligado- ponderar estos juicios de reprobación social en relación con la prevalencia del orden constitucional de derechos fundamentales, que no pueden ser sacrificados en aras de esa pretendida ejemplaridad social, que en las leyes tiene una previsión excepcional. Para la sala catalana, el entramado de autorregulación (contrato, código de empresa, incluso convenio colectivo), no puede imponerse a las libertades comunicativas. En realidad, en el caso citado del jugador de baloncesto, no se trataba ni de constatar el consentimiento o no (sea previo sea por adhesión posterior), ni de desconocer el legítimo interés del club, sino de ajustar el juicio ponderativo entre ambas razones (derecho a la comunicación digital, interés a la imagen corporativa) sobre la base de lo dicho. Por tanto, no se deben primar sin más los compromisos previos limitativos, usuales en el sector, sino lo razonable del mensaje, su proporcionalidad¹³.

En realidad -constata el tribunal- no era tanto una crítica al servicio médico del club en Instagram -como defendió la

¹² Fue el caso de la STSJ Extremadura de 25 de mayo de 2009. Confirmó la procedencia del despido disciplinario de un jugador de baloncesto condenado por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, porque estaría obligado a mantener "una irreprochable imagen pública, no sólo por el Club al que representan, sino por el ejemplo... que supone para la juventud, que suele elevarlos a la categoría de verdaderos ídolos". Pudiera pensarse que contrasta esta doctrina -si bien se trata de unos marcos jurídicos diferentes- con la establecida por la STSJ Castilla-León 1955/2020, 17 de diciembre, que no considera una imprudencia temeraria la conducción bajo la influencia de drogas y alcohol, por no quedar constancia fehaciente del impacto de ese estado en la conducción y, por tanto, en el accidente laboral in itinere.

¹³ No en el ámbito del deporte profesional, pero sí en el de las relaciones comunes de personas usuarias de redes sociales (en el caso de Twitter), de interés, en esta línea, es la SAP 124/2020, de 26 de marzo. Esta sentencia consideró contrario a la libertad de expresión la suspensión unilateral de una cuenta a cargo de una persona usuaria, basada solo en que habría incumplido el "acuerdo de usuario de Twitter".

entidad-, como un comunicado aclaratorio de su situación respecto de la lesión que padecía, razón por la que no podía jugar (la entidad le imputaba mala actitud en el equipo, hasta imputarle ausencias varias a los entrenamientos, salidas nocturnas hasta altas horas de la mañana, etc.). En suma, el jugador utilizó su derecho de comunicación digital para la defensa de su propia reputación profesional, afectada por la crítica empresarial (club).

2.3.2. Una espinosa relación: el deporte profesional y política (libertad ideológica)

No es el único caso en el que el conflicto entre la libertad de expresión de un deportista profesional y el interés del club a la defensa de la reputación social adquiere tintes complejos, interfiriendo otros derechos como libertad ideológica ex art. 16 CE. Ambos derechos tenderían a ser limitados por los clubes a causa del impacto social de las declaraciones públicas del jugador. Fue el caso, en 2016, del futbolista del Lleida que vio rescindido el contrato por exabruptos en Twitter, en relación con el conflicto político catalán ("*Put a Generalitat de mierda, no deixar poner pantalles para ver a la gran España. Viva España y puta Catalunya*", etc.)¹⁴. De nada le serviría los nuevos comunicados en redes pidiendo perdón.

Más reciente ha sido el caso del guardameta despedido por el Club Recreativo Granada (filial el Granada CF). Parece ser que la causa real del despido fue la presión política y social creada por su participación en la celebración de la clasificación del Granada CF para la Europa League ataviado con una camiseta con estos mensajes: "*Altsasukoak aske*" ("libertad para los de Alsasua") y "*Stop montajes policiales*". Daba, así, apoyo a los acusados del caso Alsasua. Un caso sentenciado con condena (STS, 2ª, 458/2019, 9 de octubre), como autores de delitos de atentado a agentes de la autoridad, lesiones, desórdenes públicos y/o amenazas.

¹⁴ Para este y otros casos: <https://iusport.com/art/21753/el-lleida-rescinde-el-contrato-del-jugador-eric-zarate-por-exabruptos-en-twitter>

En este caso, a diferencia del referido *ut supra*, sí que están claramente en juego la relación del deporte con otros valores sociales que, no inherentes al deporte sí que guardan con él una relación relevante -aunque en el profesional cada vez domine más el económico-. De ahí el debate sobre la legitimidad de una medida disciplinaria, ante la transcendencia social que igualmente tiene el deporte y sus deportistas, al ponerse en juego el valor reputacional del club, en riesgo por ciertas conductas de sus profesionales¹⁵.

En este sentido, y sin poder entrar ahora en más hondura, parece claro que sería todo un exceso punitivo encuadrar la conducta del jugador del Granada despedido -contratado luego por el Valencia FC- en un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP; STS, 2ª, 27 de octubre de 2017 -la difusión en red social de mensajes de favor hacia actuaciones terroristas lo sería, al expandir su impacto-). Sin embargo, sí podría admitirse un riesgo potencial concreto de pérdida de valor reputacional del club con esa acusación de "montaje policial", cuanto la acción está refrendada judicialmente. Con todo, el riesgo real pudiera ser el peligro de desviación hacia un puritanismo cívico extremo y hacia una sociedad uniforme e intolerante con otros modos de pensar. El pluralismo debe ser también un valor del deporte, por tanto, las libertades.

2.3.3. La lucha contra el racismo en el deporte es un imperativo constitucional: ¿Es sancionable una conducta racista por asociación de pareja?

Ahora bien, conviene tener presente que la defensa de ciertos valores sociales también en el deporte profesional, como la lucha contra la discriminación o el racismo, en modo alguno puede tenerse únicamente como libre opción político-ideológica, sino que es también, ante todo, un deber

¹⁵ AGUIAR, Irene-VIDAL, Pere. El caso Etxebarria y la libertad de expresión de los deportistas profesionales. *Iusport*, 4 de octubre 2020. <https://iusport.com/art/113555/el-caso-etxebarria-y-la-libertad-de-expresion-de-los-deportistas-profesionales>

cívico, un imperativo constitucional del conjunto de la sociedad. Las políticas de tolerancia 0 del racismo por parte de los clubes es, pues, más que una exigencia de responsabilidad social de las entidades, para ser una exigencia constitucional. Por eso es de lamentar que cada vez hallemos más noticias relativas al racismo en el deporte, si bien es de valorar positivamente el que, al tiempo, sean más frecuentes las acciones solidarias y correctoras, al menos críticas también en los espectáculos deportivos donde se producen tan execrables conductas¹⁶

Como en el resto de las actividades de nuestros mundos de vida (de interés la reciente STJUE de 15 de abril de 2021, asunto C-30/19, que considera insuficiente el pago de una indemnización por la compañía aérea que hizo un control de seguridad ad hoc a una persona solo por su apariencia árabe-musulmana, pese a ser chilena¹⁷), el deporte en general, desde luego también el profesional, debe comprometerse sin fisuras con la lucha frente a las manifestaciones racistas en su seno. Ahora bien, es igualmente oportuno poner orden en esta lucha, de modo que no termine convirtiéndose en una “caza de brujas indiscriminada” también ella. Y para ofrecer un fundamento más práctico a esta observación cautelosa traeré dos datos a colación.

El primero, en relación con el apenas comentado asunto del despido del ex guardameta del Granada FC por exhibir en su camiseta una reivindicación de la inocencia de quienes han sido condenados por el caso Alsasua, mientras que dejó caer la prevaricación de la policía (“montajes policiales”). El voto particular de dos Magistrados, que acompaña la

¹⁶ Varios ejemplos hallamos en el la página web. “Racismo en el Deporte”. <https://elpais.com/tag/c/b44df67424cc7c642b5eb5100fec66ab>.

Destacamos: “PSG y Estambul interrumpen el partido de Champions para denunciar el racismo de un árbitro”. https://elpais.com/elpais/2020/12/08/album/1607462132_922678.html

¹⁷ Precisamente, la STSJ Galicia de 13 de abril de 2021, rec. 160/2020, acaba de condenar a una empresa por discriminación en la modalidad de apariencia de enfermedad equivalente a la discapacidad (la persona trabajadora sería discriminada)

sentencia condenatoria referida, reclamó, con fundados argumentos, aplicar la agravante de discriminación al considerar que los actos excluyentes a las personas que representan a las instituciones del Estado (Guardias Civiles) son actos de discriminación por una cuestión de ideología contra lo que representa el Estado. Por lo tanto, se proyecta en las víctimas como sujetos pasivos por razón de la distinta ideología que para los autores tienen respecto de ellos. ¿Sería predicable esta conducta del jugador de fútbol que se solidariza con una camiseta-denuncia con los condenados? Parece excesivo.

El segundo tiene que ver con otro despido de un jugador. *Aleksandar Katai*, fue “despedido” (formalmente parece que hubo un acuerdo de salida, eso sí, a instancia o inducido por los directivos, que ponían énfasis en su política de tolerancia 0 contra el racismo) por el club angelino LA Galaxy de la MLS. ¿La causa? Al parecer, por los insultos racistas, o al menos las manifestaciones poco adecuadas, no solo “políticamente incorrectas”, de su esposa en las redes sociales, realizadas contra las personas que se estaban manifestando en contra del asesinato racista policial de *Georges Floyd*¹⁸.

Una vez más, en mi fuero personal, y en mi esquema de valores sociales, esta conducta de la esposa del jugador, así como la del ex guardameta del Granada -hoy del Valencia-, no tienen encaje y no me provocan adhesión alguna. Pero mi juicio de reprobación, o el de reprobación social de otros ¿puede convertirse en un juicio jurídico de legitimación de un despido por asociación¹⁹, esto es, por la conducta racista

¹⁸<https://us.marca.com/claro/futbol/mls/2020/06/05/5eda7930ca47418d068b4574.html>

¹⁹ Para la creciente actualidad judicial de esta figura de la discriminación por asociación no discriminación refleja, también de interés la STSJ Galicia 1584/2021, 16 de abril, respecto del despido nulo de un padre por el hecho de comunicar el nuevo embarazo de su mujer (aplica la doctrina de la STC 71/2020, 29 de junio). Lamentablemente, los despidos sin causa real de los padres que anuncian el embarazo de sus parejas parecen cada vez más frecuentes. Para una condena, en este caso por un Juzgado social de Santander, de despido nulo e indemnización estándar mínima adicional

de otra persona, por más que se mantenga una relación íntima, como la de pareja sentimental o matrimonial, reflejando en la esfera de la persona trabajadora la corrección disciplinaria de una conducta que no le es propia directamente, ni consta que haya avalado públicamente? No, no creo, o no debiera.

Al respecto, y sin poder ir más allá en tan sugerente tema, conviene tener en cuenta la doctrina contraria del TEDH a tales asociaciones (aunque en el caso no se vinculaba a una conducta racista, o al menos inapropiada socialmente, sino a una manifestación de libertad ideológica, como el llevar velo en público por parte de la esposa de un funcionario). Se trata de la STEDH de 2 de febrero de 2016 (asunto Sodán contra Turquía). Esta decisión considera violados por Turquía tanto el art. 8 (vida privada) como 9 (libertad ideológica), porque tras la decisión de traslado del funcionario había "una sanción oculta" por el hecho de sus creencias religiosas y de las de su esposa (exhibidas su uso del velo islámico)²⁰.

Tampoco puedo entrar ahora en el actual debate sobre las políticas de neutralidad empresarial respecto de símbolos religiosos y el derecho a la adaptación razonable en aras de la libertad religiosa -que no debe confundirse con integrista religioso, tan peligroso para la libertad de expresión y para la propia vida, como se ha evidenciado en ciertos atentados-, que está creando una doctrina jurisprudencial multinivel²¹.

(6251€), vid. <https://elderecho.com/un-juzgado-declara-nulo-el-despido-de-un-trabajador-tras-comunicar-que-iba-a-ser-padre>

²⁰ Vid. ROJO TORRECILLA, E. "Nuevamente sobre la libertad religiosa en el ámbito laboral. ¿Puede influir el velo de la esposa de un trabajador en la decisión empresarial? *Entrada en su magnífico Blog de 1 de marzo de 2016*, disponible:

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/nuevamente-sobre-la-libertad-religiosa.html>

²¹ Para el estado del arte interpretativo en el TJUE y en el TEDH de gran interés es la reciente STS francés de 14 de abril de 2021, que hace primar la libertad religiosa (exhibición del velo por una vendedora), sobre el interés de la empresa a mantener una imagen de neutralidad religiosa ante su clientela femenina. En el caso no constaba una política formalizada a tal

Ahora bien, sí conviene afirmar, y parece claro, por la relativa analogía con esa doctrina -aunque los asuntos diverjan-, que no puede “castigarse” en el plano laboral solo por la conducta socialmente inaceptable de otra persona con la que se mantiene relación (íntima, sentimental).

3. NUEVOS ESCENARIOS DE PLURALISMO SOCIAL: ¿ES DELITO UN DESPRECIO A LA BANDERA EN EL CONTEXTO DE CONFLICTO LABORAL?

3.1. ¿EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DEBE TOLERAR LA CRÍTICA DESABRIDADA DE SUS INSTITUCIONES Y SÍMBOLOS

Siendo la libertad de expresión y el pluralismo político que subyace a aquélla también inherentes al deporte en general, aunque en el profesional encuentre mayores resistencias, toda restricción debe tenerse como excepcional, aunque en la práctica parezca funcionar de modo invertido²². Ahora bien, parece manifiesto que, en determinados contextos, como aquellos de conflicto laboral, esa vigencia de libertades de acción comunicativa socialmente crítica, aun desabrida, agria, de mal gusto si se quiere, debería gozar de especial tolerancia o vigor. Sin embargo, la observación normativa (discurso) contrasta con la real (experiencia práctica).

Para ilustrarlo, quizás no sea ocioso recordar que han debido pasar décadas para que se derogue por completo el art. 315.3 CP (Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril). Cierto, se refiere a la eliminación de todo factor jurídico (legal e interpretativo) disuasorio del ejercicio de la libertad sindical (no solo el derecho de huelga), no propiamente de la libertad de expresión (aunque la libertad sindical también se

fin. Vid. ROJO TORRECILLA, E. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/04/la-imagen-que-pretende-dar-la-empresa.html>

²² Vid. ¿Deporte y política? Libertad de expresión: valor fundamental del deporte y de los deportistas. <https://www.wats.team/deporte-y-politica-libertad-de-expresion-valor-fundamental-del-deporte/>. Se critica también la STC 5/2021, de 25 de enero, que descarta que esté en juego la libertad de expresión en un conflicto de federaciones deportivas.

integre con libertades comunicativas de denuncia y crítica, por supuesto). Pero -con una dureza inusual en una ley- reflejaría una política más amplia de poner fin a un tiempo de represión de toda "manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno", así como de "todas las medidas que exteriorizaron el conflicto", ahogando la capacidad de crítica ciudadana (ej. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, la "ley mordaza", aún avalada casi en su totalidad de normas por la STC 172/2020, de 19 de noviembre).

En esta dirección, el balance anual de la Plataforma en Defensa de la libertad de información (PDLI) volvería a poner de relieve que, en el año 2020, nada se ha avanzado en materia de libertad de expresión. Una crítica confirmada por informes internacionales (ONU, Comisión, UNESCO²³). Algunas de las experiencias ilustrativas de esa devaluación de libertades comunicativas en España son legales, vigentes y, a veces, ligadas a proyectos del Gobierno (ej. reforma de la Ley General de Telecomunicaciones, conocida como 'Decretazo Digital'). Pero el núcleo duro de las mismas se centra en la interpretación restrictiva del derecho a la libertad de expresión ante ciertas manifestaciones artísticas, o que se tienen por tales, expandiendo, al contrario, sus límites, por considerarlas como formas artísticas, culturales o de opinión alternativas ofensivas, social y/o institucionalmente, o para ciertos colectivos (sentimientos religiosos)²⁴.

De ahí la referida propuesta de reforma legal augurada que despenalice este tipo de ejercicios en la frontera entre lo crítico alternativo y lo ofensivo. Por supuesto, pese al voto particular contrario de una autorizadísima Magistrada, creo,

²³ Una revisión de síntesis muy interesante en torno a estos informes y las experiencias que lo ilustran en "2020: OTRO MAL AÑO PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN ESPAÑA". <http://libertadinformacion.cc/2020-otro-mal-ano-para-la-libertad-de-expresion-en-espana/>

²⁴ Un amplio catálogo en <https://noticias.juridicas.com/etiquetas/libertad-de-expresion/>

con toda honestidad, que nada tiene que ver la defensa de una posición político-social antitaurina con “calificar en la red social de asesino o de opresor a Victor Barrio y mostrar alivio por su muerte” (STC 15 de mayo de 2021), atentando contra su dignidad humana (aun muerto) y su prestigio profesional. Como tampoco me parece que tenga nada de punible (menos delito de enaltecimiento del terrorismo), pese al autorizado voto particular en contrario -a favor de la interpretación restrictiva del TS, Sala 1ª-, el ejercicio de una muy desabrida -incluso de pésimo gusto para mí- crítica político-social en redes (Twitter) por el letrista rapero *César Strawberry* (STC 35/2020, de 25 de febrero).

Como señala la doctrina constitucional, siguiendo la del TEDH, el contexto (también el medio) en el que se profieren determinados mensajes, fuera del cual podría entenderse un comportamiento ofensivo, resulta clave para realizar el juicio ponderativo entre la libertad de expresión lícita y el límite a la misma por ofender a terceras personas. De ahí que, como, para el ámbito laboral, recordara la STC 108/2018, de 15 de octubre (una de la larga saga de sentencias vinculadas a la STC 89/2019), revocando el criterio más tradicional exhibido por la sala de duplicación (canaria), expresiones como las de “empresa corruptora”, “terrorismo empresarial”, “empresario corrupto”, no deben tener la significación ofensiva ordinaria, más en el escenario español de extendida corrupción, sino la de crítica firme, dura -quizás agria, incómoda- en el marco o escenario de un conflicto laboral. En consecuencia, no deben verse como extralimitadas, sino legítimas en tal ámbito.

¿Y cuando los comentarios desabridos tienen que ver con críticas político-sociales al límite de las instituciones del orden constitucional (Monarquía, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) e incluso con sus símbolos democráticos (como la bandera)? Para la STEDH de 13 de marzo de 2018 (caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*) también debería darse, en tales casos, primacía a las libertades comunicativas fundamentales, no solo a la libertad de expresión, también a la libertad ideológica. Para

el TEDH la institucionalidad de una figura no debe determinar «una mayor protección...especial en materia de insulto». Esta sobreprotección no es conforme al espíritu del Convenio, dado que «el interés de un Estado en proteger la reputación de su propio jefe de Estado no puede justificar que se le otorgue a este último un privilegio».

¿Y si se trata de desprecio a la bandera y media un contexto laboral conflictivo, incluida una huelga, debe servir igualmente de correctivo, o en tales casos se cruza una "línea roja"? Como ya se apuntó, es aquí donde se cruzan algunas de las cuestiones más de actualidad del debate cívico general en torno a los límites de la libertad de expresión con el propio laboral. Así lo evidencia la muy polémica STC 190/2020, de 15 de diciembre, dictada por mayoría, pero con cuatro votos particulares y 5 Magistrados discrepantes (ya vemos que no hay acuerdo ni en la forma de razonar la discrepancia)

3.2. EL CONTEXTO DE CONFLICTO LABORAL PRIVA DE RELEVANCIA PENAL EL DESPRECIO A LA BANDERA

La radical dualidad social en España sobre cómo afrontar jurídicamente este tipo de situaciones halla un fiel reflejo en la citada sentencia constitucional, partiendo prácticamente en dos al TC (de haberse podido pronunciar el -renunciante, por dimisión- Magistrado Dr. Fernando Valdés, quizás el fallo hubiese sido el contrario). Prueba de la complejidad, también de la inestabilidad de esta cuestión, será el cambio de criterio del Ministerio Fiscal. Este fue primero acusador en el pleito penal, que terminó con condena, para luego promover la estimación de amparo, por entender que la doctrina del TEDH ya no permite penalizar este tipo de conductas críticas.

En todo caso, la mayoría del TC considera que la persona, aunque tenga la condición de sindicalista (en este caso del sindicato autonómico gallego) y en el contexto de un conflicto laboral, irrespetuosa con la bandera como símbolo del Estado comete un delito de ultraje a la bandera (art. 543 CP) y, por tanto, no estaría amparado ni en la libertad

ideológica ni de expresión ni la libertad sindical. Afirmar «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» mientras se lleva a cabo una ceremonia de izado de la misma no tendría justificación y sería una extralimitación de ejercicio de tales libertades de acción comunicativa crítica²⁵.

No será esta la opinión de los votos particulares que, en síntesis, sí darán prevalencia al contexto de conflicto laboral y sus libertades de ejercicio. A fin de no dilatar en exceso este estudio, no podemos dar más recorrido argumental a esta interesantísima decisión constitucional, cuya relevancia desborda lo laboral, para dar entrada a un debate político-cívico más amplio²⁶. Pero sí debo dejar claramente reflejada mi posición, favorable a quienes defendieron la prevalencia de las libertades comunicativas en juego. Y ello porque, a mi juicio, esta doctrina constitucional no solo no es acorde con la doctrina del TEDH, sino que no lo es tampoco con la propia de la STC 89/2018 ya referida, en la que se dio primacía al contexto sociolaboral de conflicto.

Es más que evidente que en un escenario huelguístico, en el que se legitima constitucionalmente el ejercicio de un poder de autotutela, incluso con cierta dosis de "violencia social", con asunción de ciertos daños, empresariales y sociales, si no se desbordan, proferir expresiones como las del sindicalista gallego en medio del izado de bandera carece de toda significación penal. Las personas trabajadoras tienen todo el derecho a descargar su protesta contra los símbolos, o contra las instituciones, no solo contra la empleadora, si de ello no se deriva ningún perjuicio real, efectivo para nadie, no ya simbólico o de valoración social. En suma, a mi

²⁵ En breve, mientras se izaba la bandera e interpretaba el himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, el sindicalista gallego, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono y, según refiere la sentencia, «con intención de menospreciarla», gritó: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderle lume a puta bandeira» («aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera»).

²⁶ MARTÍN GUARDADO, Sergio. "Delito de ultrajes a la bandera en el seno de una manifestación laboral". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 457, abril 2021, 230-240.

juicio, esta doctrina constitucional será carne de cañón del TEDH si se recurre, como confío se haya hecho, pues prima un valor simbólico constitucional sobre una libertad fundamental real, con el consiguiente efecto disuasorio de derechos esenciales en un Estado no solo social sino democrático de Derecho.

4. UN NUEVO TIEMPO DE FAVOR POR LOS CANALES DE DENUNCIA: DEL SILENCIO CORPORATIVO A LA TRANSPARENCIA

4.1. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DENUNCIANTES EN LA ANTESALA DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA «WHISTLEBLOWING»

Sin ningún género de duda, otro de los nuevos escenarios que más expectativas provocan para el desarrollo efectivo de las libertades comunicativas (información-expresión) en los entornos empresariales, no solo, pero sí fundamentalmente, a cargo de personas empleadas, es el relativo a la entrada en vigor real para España de la citada Directiva 2019/1937/UE (protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la UE). Como se sabe, según su art. 26, el 17 de diciembre de 2021 finaliza el plazo para la transposición por parte de los Estados -por tanto, también el español- de la norma, siendo su vigencia progresiva, incluso diferida, sin embargo, para las empresas privadas de menos de 250 personas trabajadoras (en este caso, el horizonte máximo de referencia serán dos años más -17 de diciembre de 2023-). Largo me lo fiáis, pues, para la gran mayoría de las empresas.

Por eso, las enormes expectativas creadas por la Directiva de revisión a fondo de nuestro sistema jurídico-institucional, sea a los efectos de mejorar los canales -internos, sobre todo, pero también externos- de denuncia, sea de reforzar la protección de las personas (empleadas) denunciantes, quizás pudieran enfriarse si se atiende a este largo periodo para su implementación práctica. Si bien es cierto que no estamos del todo huérfanos de previsiones normativas sobre este tipo de instrumentos de garantía de

cumplimiento, propios de la cultura anglosajona (ej. art. 31 bis CP -deber de establecer sistemas que prevengan el riesgo de incumplimiento-; art. 24 LOPDGDD -Sistema de Información de Denuncias Internas -SIDI-), no menos verdad es que arrastramos insuficiencias muy notables. Sin embargo, no hay que concluir que ni hay canales ni quienes los practican, de manera formal o más informal, están carentes de protección efectiva, pues la doctrina constitucional ha evidenciado ese plus protector.

Muy interesante al respecto la citada STC 146/2019, de 25 de noviembre. En ella, siguiendo la doctrina del TEDH (Herbai c. Turquía) y del TJUE (ej. STJUE 20 de junio de 2019, C-404/18) más garantista e innovadora, otorgará el amparo a la libertad de crítica de la persona trabajadora denunciante. La doctrina fijada presenta notables puntos de interés.

Primero, porque revoca la doctrina de suplicación que se habría mostrado resistente a esta protección reforzada, al entender que el canal de denuncia reivindicativa laboral -externo y público: cliente principal, el Ayuntamiento licitador- seguido no era el adecuado -debió primar el interno-, de ahí la ilegitimidad del daño causado. Segundo, porque, en última instancia, supone un apartamiento, o corrección, aun velada, de su doctrina precedente -STC 170/2013, 7 de octubre-, en la que primó el interés de la empresa a defender su imagen social, en virtud del deber de buena fe contractual, sobre la libertad de expresión y el interés social a conocer el riesgo de catástrofe que podría derivarse de no corregirse deficiencias del proceso productivo empresarial (empresa de explosivos). Finalmente, porque confirmaría la persistente -aún indebida- presencia en nuestro sistema de relaciones laborales, de una suerte de políticas de empresa que promueven, como vimos con los códigos de conducta frente a la comunicación digital o en red online, la confusión entre el deber de buena fe y el deber de lealtad general, entendido en términos "de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial". Pero tal modelo no se

ajusta -desde hace cuatro décadas- al orden constitucional de relaciones laborales.

Pese a lo conocido, discursivamente, de esta doctrina constitucional, la práctica sigue evidenciando las resistencias para mutar en experiencia de vida cotidiana en el mundo del trabajo. Piénsese, por poner solo un ejemplo muy reciente y en relación con un ámbito tan determinante, hoy, la tragedia de la covid19, en el asunto conocido y resuelto por la STSJ Asturias 63/2021, de 19 de enero. Un vigilante de seguridad sufrió el traslado a otro centro de trabajo como represalia a unos comentarios críticos en Facebook, relativos al eventual incumplimiento por su empresa de sus deberes preventivos en relación con el riesgo de contagio por covid19.

Como recogen los hechos, el vigilante usó expresiones críticas tales como "casta empresarial", "lecciones de moralidad" o "héroes y miserables" en su perfil en red social para criticar que las personas empleadas no esenciales permanecieran, pese a no disponer de los EPI adecuados, en sus puestos. En algunos comentarios llegó a identificar al cliente para el que prestaba servicios, con una imagen de los exteriores de la fábrica. Esta conducta llevó a la empresa a reprobar su conducta por perjudicial para la empresa, suspendiéndolo de empleo y sueldo por falta muy grave y ordenando su traslado obligado. A su juicio, el vigilante habría creado un "clima de hostilidad hacia la empresa" que se extralimitaría respecto del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En cambio, para el TSJ se trató de represalia por el ejercicio del derecho de crítica ciudadana, hoy cada vez más digital, que le es inherente a las personas trabajadoras.

4.2. DE LA DENUNCIA INTERNA A LA CRÍTICA-ALERTA: LIBERTAD DE EXPRESIÓN LABORAL, ÚTIL EN LA DEFENSA DE LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

Justamente, este último ámbito temático me permite dar el paso a un nuevo escenario para la revigorización de la libertad de expresión laboral, como un sistema de derechos

de ciudadanía cívica crítica, aun socialmente responsable, no solo comunicativa (también digitalmente), que querría referir en este estudio. Por supuesto, tiene que ver con el actual tránsito, ínsito en la Directiva de protección de las personas (empleadas) denunciantes, desde los meros canales de denuncia de irregularidades graves constatadas, a la de la más moderna (aunque ahonda su raíz en las leyes francesas de 1980 -leyes "Auroux"-, adoptadas en aras de afirmar un estatuto de ciudadanía laboral en la empresa -ej. derecho de alerta sindical del comité económico y social²⁷⁻) y comprometida figura jurídica del "derecho-alerta social"²⁸.

De nuevo, para no razonar en el vacío, traigo a colación una decisión del TEDH que ilustra y abre nuevos caminos, a mi juicio. Me refiero a la notable STEDH de 8 de octubre de 2020 (Goryaynova vs. Ucrania). En este asunto, de nuevo con clara desautorización de la posición de los altos tribunales internos de Hungría, el TEDH amparará la intensa crítica realizada por una funcionaria de la Fiscalía, a través de comunicados en las redes sociales, contra sus superiores, acusándolas de delitos de corrupción. La abstención de las autoridades internas tras las denuncias iniciales realizadas por la trabajadora-fiscal, y el notable interés social a una intervención temprana contra un delito tan reprobable, serían circunstancias suficientes a fin de hacer prevalecer la libertad comunicativo-crítica ex art. 10 CEDH sobre las cláusulas de confidencialidad y la espiral de silencio corporativo ("ley de Omertá") que promueven.

No por casualidad este ámbito, de delitos de corrupción, está entre los priorizados por la Directiva de denuncias. Sin embargo, ni es el único, pues el catálogo es muy extenso, ni se debe entender agotado a la dimensión de denuncia de los hechos ya completamente verificados o arraigados, sino que ha de servir también como un canal de alerta social ante unas primeras, lo más objetivadas posibles, señales de un

²⁷ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F33779>

²⁸ García-Moreno García De La Galana, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Valencia.

riesgo social grave a partir de las prácticas, políticas o modelos de negocio de las empresas. Sin duda, uno de los espacios (nuevos escenarios) de más proyección futura de la libertad comunicativa crítica, aunque orillada en la Ley de transición digital y cambio climático (Ley 7/2021, 20 de mayo), sería el del "derecho-deber sociolaboral a la alerta ambiental", tanto en el plano individual (libertades comunicativas-derecho de crítica) como colectivo (libertades comunicativo-sindicales de responsabilidad social, no solo laboral)²⁹.

Precisamente, la citada STC 170/2013, 7 de octubre, fue un freno a este avance en la protección ambiental desde la libertad de expresión crítica sociolaboral. Confiemos en que la superación de esta doctrina (ej. STC 146/2019), y el nuevo contexto social y cultural de favor de un mundo verde, blinde otra oportunidad para avanzar en tal sentido de progreso.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar, Irene-Vidal, Pere (2020). El caso Etxebarria y la libertad de expresión de los deportistas profesionales. *Iusport*
- Bachmaier Winter, L. (2019). "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión", *Diario La Ley*, núm. 9539.
- García-Moreno García De La Galana, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Lousada Arochena, José Fernando, Ron Latas, Ricardo Pedro (2020). *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa*, Editorial Bomarzo, Albacete

²⁹ Vid., por todos, el análisis de MIÑARRO YANINI, Margarita. "Libertad de crítica de la persona trabajadora como derecho de alerta de la lucha contra la corrupción a la protección medioambiental". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. RTSS-CEF, n. 453, 2020, 207-2015.

- Martín Guardado, Sergio (2021): "Delito de ultrajes a la bandera en el seno de una manifestación laboral". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 457, abril, 230-240.
- Miñarro Yanini, Margarita (2020): "Libertad de crítica de la persona trabajadora como derecho de alerta de la lucha contra la corrupción a la protección medioambiental". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. RTSS-CEF, n. 453, 207-2015.
- Molina Navarrete, Cristóbal. *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*. Editorial Bomarzo, Albacete
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. "Libertad de expresión (art. 20.1 CE y normas concordantes)". AAVV. (Dir.: Monereo Pérez, J.L et alii). *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*. Editorial Comares, Granada, 345-370
- Rojo Torrecilla, E. (2016): "Nuevamente sobre la libertad religiosa en el ámbito laboral. ¿Puede influir el velo de la esposa de un trabajador en la decisión empresarial?"
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/03/nuevamente-sobre-la-libertad-religiosa.html>
- Rojo Torrecilla, E. (2021). ¿La imagen que pretende dar la empresa a su clientela (femenina) puede prevalecer sobre la libertad religiosa de una trabajadora? Nulidad del despido.
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/04/la-imagen-que-pretende-dar-la-empresa.html>
- Ron Latas, Ricardo Pedro-Lousada Arochena, Fernando (2020). "Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 24, 92-212
- Todolí Segalés, Adrián (2021): "Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de Derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una

indemnización adicional". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 459