

LIBERDADE DE EXPRESIÓN E DEREITO DE CRÍTICA DAS PERSOAS TRABALLADORAS: AMEAZAS E OPORTUNIDADES NOS NOVOS ESCENARIOS DA EMPRESA

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social.
Universidade de Xaén

cmolina@ujaen.es

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 clave: Liberdade de expresión; canle de denuncias; redes sociais; 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.

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

SUMARIO

1. Introducción: persoas traballadoras transparentes, empresas opacas?- 2. O escenario da dixitalización: os códigos de conduta confunden boa fe cun renacente deber de lealdade.- 2.1. A liberdade de expresión no ambivalente escenario das redes: dereito á crítica dixital incómoda da empresa.- 2.2. Código de conduta: lei privada mordaza revestida de deberes ético-sociais?- 2.3. Cláusulas de confidencialidade, dereito de crítica dixital e deporte profesional.- 2.3.1. Os clubs deportivos poden ser, *de facto*, empresas de tendencia?: relevancia laboral da conduta extralaboral.- 2.3.2. Unha espiñenta relación: o deporte profesional e a política (liberdade ideolóxica).- 2.3.3. A loita contra o racismo no deporte é un imperativo constitucional: é sancionable unha conduta racista por asociación de parella?- 3. Novos escenarios de pluralismo social: é delito un desprezo á bandeira no contexto de conflito laboral?- 3.1.o principio democrático debe tolerar a crítica groseira das súas institucións e símbolos?- 3.2. O contexto de conflito laboral priva de relevancia penal o desprezo á bandeira.- 4. Un novo tempo de favor polas canles de denuncia: do silencio corporativo á transparencia.- 4.1. Protección das persoas denunciantes na antesala da transposición da directiva «whistleblowing».- 4.2. Da denuncia interna á crítica-alerta: liberdade de expresión laboral, útil na defensa da sustentabilidade ambiental.- 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: PERSOAS TRABALLADORAS TRANSPARENTES, EMPRESAS OPACAS?

No ámbito externo (social) ás empresas os conflitos entre a "liberdade de expresión" e os seus límites (proscrición do insulto, "delitos de odio" ex art. 510 CP, etc.) ex art. 18 CE ocupan un papel estelar nos novos escenarios da cidadanía civil e da acción político-institucional. Pénsese, por exemplo, no crecemento en España dos denominados "delitos de odio" (tamén dos de ofensa ao sentimento relixioso, ou de enaltecemento do terrorismo, ou de inxurias á Coroa), coa proliferación de condenas (ex. a do rapeiro Pablo Hasél), algunhas discutibles en extremo. Tanto que levou ao Goberno a considerar a súa reforma legal polas limitacións excesivas que supoñerían para a liberdade de expresión, en liña co advertido pola xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH). Por iso é polo que propoñe eliminar a súa dimensión penal, ou, cando menos, que deixen de castigarse con penas privativas de liberdade, os "excesos verbais que se cometesen no contexto de manifestacións artísticas, culturais ou intelectuais"¹

Por contraste, no ámbito interno das empresas, no que podemos chamar contexto das relacións de traballo, parece que o exercicio daquel "dereito fundamental inespecífico"² polas persoas traballadoras, non merecería particulares titulares mediáticos, pola -aparente- ausencia de novidades salientables respecto da súa comprensión dende hai anos, a través dunha copiosa xurisprudencia, acuñada en decenas de sentenzas constitucionais. Poñamos aquí igualmente un exemplo que o ilustre.

A STS, 4ª, 1134/2020, 21 de decembro, mereceu unha gran difusión mediática, en prensa e redes sociais, porque, con razón, confirmou a nulidade dun parágrafo do artigo 8.2 da Ordenanza do Banco de España que, en desenvolvemento

¹ De interese o resumo 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 V. 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.

do Código de Conduta para o seu persoal, obrigaba ás súas persoas empregadas a entregar a declaración do IRPF en procesos de verificación de operacións financeiras privadas. O TS considerou que esta esixencia, a pesar de ampararse na loable loita preventiva contra eventuais condutas desleais, vulnera o dereito á protección de datos de carácter persoal.

E que ten que ver isto, cabería preguntarse, co exercicio efectivo da liberdade de expresión no seo das relacións de traballo? Máis do que parece a primeira vista. Do mesmo xeito que a Audiencia Nacional (AN), o TS desestimarán a demanda sindical de nulidade doutros preceptos do referido Código de Conduta nos que, en liña coa gran maioría destes instrumentos de reforzamento dos deberes éticos (deberes de lealdade ás razóns e/ou intereses de empresa), esíxese autorización previa para realizar certas actividades extralaborais: conferencias, creación literaria, participación en coloquios, programas etc., se teñen que ver con calquera actividade relacionada coas funcións do Banco de España; concesión de entrevistas, ou subministración de informacións ou valoracións relacionadas co traballo etc. Para o TS non hai restrición desproporcionada da liberdade de expresión

Nin rastro achamos na sentenza da doutrina do TEDH. Esta, ditada no sector bancario e análoga esixencia de conduta confidencial, garante o exercicio da liberdade de expresión por encima das prohibicións de autotutela empresarial (garantía engadida para dar prevalencia da imaxe ou do valor reputacional da entidade por encima do dereito de crítica das persoas empregadas). Refírome á STEDH do 5 de novembro de 2019 (caso *Herbai c. Hungría*), si citada pola STC 146/2019, 25 de novembro³, sobre a que logo volveremos.

O dereito “de moda” é a protección de datos (art. 18.4 CE), secundaria queda a liberdade de expresión (art. 20 CE). O paradoxo é manifesto. Dun lado, as empresas, nunha economía de datos, cada vez piden máis “transparencia” ás

³ Amplamente, v. 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 e ss.

persoas que empregan. En cambio, doutro, pídenlles o maior silencio posible sobre datos de empresa (cláusulas de confidencialidade), a fin de blindar o seu valor reputacional, mesmo en actividades extralaborais, *offline* ou *online*. Algo así como unha “lei do embude” (a parte ancha - transparencia das persoas empregadas- para a empresa). Inequívocas serían, respecto diso, no ámbito de políticas de restrición da liberdade sindical en favor das de confidencialidade, a STS, 4ª, 1033/2020, 25 de novembro (viola a liberdade sindical a prohibición de distribuír información sindical en papel), e a SAN 40/2018, 6 de marzo (viola o dereito á liberdade de expresión a esixencia, polo Código da Banca March, de autorización previa para calquera interlocución con medios, tamén para a difusión en redes sociais).

Veremos outros exemplos que ilustran que ás empresas non lles adoita gustar a crítica das persoas que empregan no seu seo, utilizando os códigos de conduta como medidas de prevención de eventuais usos erosivos da reputación das empresas (as persoas xurídicas non teñen un dereito á honra propia, si á reputación social -imaxe de marca-). Nun ámbito distinto do bancario, como o dos grandes clubs deportivos, comprobaremos estas asimetrías respecto da transparencia comunicativa. Así, denunciouse que o Barcelona contratou os servizos dunha entidade para criticar en rede aos seus xogadores, erosionando a súa reputación, e a súa honra profesional⁴; en cambio, a xustiza social confirma a nulidade do despedimento dun xogador de baloncesto do Barça -Joy Dorsey- por criticar ao club en Instagram, cando o tiña prohibido por código de conduta e por convenio -ATS, 4ª, 2 de abril de 2021, RCU 4717/2019-).

Non será este o único novo gran escenario actual no que poñer a proba a capacidade da liberdade de expresión, na

⁴ O servizo contratado era a creación de estados de opinión crítica nas redes sociais a través de contas, erosionando a súa reputación. *O Barça contratou unha empresa que utilizaba contas falsas nas redes para criticar a xogadores e opositores.* <https://www.lavanguardia.com/deportes/fc-barcelona/20200217/473635209676/bartomeu-barcelona-polemica-redes-sociales.html>

súa dimensión de dereito de crítica, social e/ou laboral, das persoas empregadas de políticas e/ou prácticas da súa empresa. Precisamente, evidenciando a estreita conexión entre o que sucede extramuros da relación laboral (o medio ou ambiente social externo) e o que ten que ver no seu seo (ambiente interno), si tivo un gran eco social a STC 190/2020, do 15 de decembro. Esta decisión, adoptada por maioría, con numerosos e fundados votos particulares, confirmou a condena penal a un sindicalista por ultraxe á bandeira (art. 543 CP), infravalorando o contexto de conflito laboral (folga previa) no que a súa crítica enmárcase.

Tampouco esta vertente sociolaboral do novo contexto sociopolítico, e mesmo ideolóxico-cultural, dos límites á liberdade de expresión esgota realmente a súa actualidade. Na súa faceta de dereito á crítica-denuncia, interna e/ou externa, de situacións que, aínda eventualmente prexudiciais para a empresa ao ser desveladas, poden ser útiles a intereses sociais ou xerais, adquire unha peculiar transcendencia ante o cada vez máis próximo horizonte da transposición da soada Directiva 2019/1937/UE, relativa á protección efectiva das persoas que informen sobre infraccións do Dereito da UE («*Whistleblowing*»)⁵. Aínda que esta Directiva, inserida no ámbito do novo marco ou sistema de garantías do cumprimento normativo efectivo (*compliance*⁶), non ten unha faceta especificamente laboral, si alenta ás persoas traballadoras a seguir as canles de denuncia, ofrecendo unha protección reforzada que anticipou a STC 146/2019 (ampara a unha persoa denunciante, interna e externamente, de irregularidades da súa empresa)

En suma, son todas razóns que avalarían a necesidade, polo menos a conveniencia, de facer, dende o punto de vista xurídico-laboral, unha profunda revisión do estado da arte

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.

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

interpretativa nesta materia. A liberdade de expresión no seo da empresa, como garantía do dereito fundamental á crítica (denuncia e/ou alerta) do propio empregador, ou dos que con el se relacionan economicamente, é unha clave do principio democrático do Estado constitucional de Dereito. E, como reza a icónica STC 88/1985, 19 de xullo, as empresas non poden vivir de costas a el, so pena de tornar a un intolerable “feudalismo industrial, aínda dixital”.

Neste estudo trataremos de expoñer, cunha relativa brevidade, os principais fitos xurídico-laborais da debida revisión de tan crucial dereito cívico (inespecífico) laboral. Un dereito que debe formar parte tamén, por suposto, dun renovado estatuto xurídico de cidadanía civil socialmente responsable das persoas traballadoras no seo das empresas e das súas contemporáneas escenarios comunicativas, tamén dixitais, sen dúbida.

2. O ESCENARIO DA DIXITALIZACIÓN: OS CÓDIGOS DE CONDUTA CONFUNDEN BOA FE CUN RENACENTE DEBER DE LEALDADE.

2.1. A LIBERDADE DE EXPRESIÓN NO AMBIVALENTE ESCENARIO DAS REDES: DEREITO Á CRÍTICA DIXITAL INCÓMODA DA EMPRESA

Que as redes sociais teñen tanta transcendencia como ambivalencia non é ningunha novidade. Isto é, ben sabido resulta hoxe que ofrece tantos beneficios comunicativos como riscos para unha orde de convivencia respectuosa con valores democráticos, fóra e dentro das empresas. Non sorprende, pois, que as empresas receen do acceso das persoas traballadoras ao universo da internet. Outra cousa é prohibilo. A STS, 4ª, 332/2021, 22 de marzo, revogando a de instancia (AN), favorable a esa prohibición, anula a política de AENA de impedir a parte das persoas empregadas o acceso a través de Internet a páxinas web de contido sindical, pois vulneraría a liberdade sindical e a igualdade.

Por suposto, a liberdade non é só informativa (pasiva e activa), tamén é de expresión, dereitos comunicativos relacionados pero diferenciados (o primeiro ten o límite da veracidade, o segundo o límite da prohibición de insulto).

Por iso é polo que integra a crítica, en rede, da conduta doutro, aínda displicente, molesta ou inquietante para quen se dirixe (STC 190/2020, 15 de decembro, FJ 3; STSX Cantabria 51/2019, 21 de xaneiro).

Inequívoca é a STEDH do 5 de novembro de 2019. Nela garántese a primacía do dereito á liberdade de expresión en rede dun blogueiro do sector de banca fronte ao celo empresarial por preservar a súa imaxe corporativa. En contra da validez do despedimento acordado asumido polos tribunais húngaros, o TEDH tomará partido pola liberdade, aínda que neste caso non se expresou en termos de crítica, senón de intercambio de información profesional con persoas blogueiras do seu sector. Neste caso, o exercicio da liberdade comunicativa en rede non tiña dano real ningún para o banco, o que esixía ser ponderado en defensa da liberdade cívica, e profesional, da persoa traballadora internauta. Non pode esgrimirse aquí a defensa preventiva do interese á clientela potencial (tamén a STC 89/2018, 6 de setembro).

No ámbito das relacións profesionais autónomas, a recente STS, 1ª, 222/2021, 20 de abril, tamén primará a liberdade de expresión na súa dimensión de dereito á crítica dixital empresarial, por parte dun profesional da avogacía, en detrimento do dereito á reputación empresarial -dado que as sociedades non teñen dereito á honra-. Os comentarios en rede referíanse á actividade das sociedades, dedicadas á xestión de cooperativas, e neles realizábanse advertencias sobre a administración e liquidación de feito das cooperativas cuxa xestión foilles encomendada. A diferenza das sentenzas de instancia e apelación, que primaron o dereito á reputación das empresas, o TS ampara tales manifestacións críticas a unha actividade empresarial, pola súa relevancia social⁷

A liberdade de expresión crítica non é un dereito absoluto, menos no contexto laboral, onde o interese empresarial ten unha especial protección contractual. Por iso é polo que se suxeita a restricións, se están xustificadas e

⁷ As condicións de lexitimidade serían: interese público relevante, aparencia de veracidade do comentado, a pesar de tratarse de xuízos ou opinións, non informacións propiamente, e proporcionalidade -non hai exabruptos-.

proporcionadas. Lémbralo a recente SAN 65/2021, 31 de marzo. Esta lexitima a cláusula convencional de confidencialidade en relación coa xestión de incendios de TRAGSA.

Na súa virtude, as persoas traballadoras que forman parte dos dispositivos de prevención-extinción de incendios non poderán invocar a titularidade -debería ser só o exercicio- das liberdades comunicativas (información -art. 20.1.d- e expresión -art. 20.1 a CE-, pois carecen delas "cando se trata de información, instrucións internas, documentación, mensaxes, imaxes ou vídeos que se coñezan con motivo do desempeño da actividade laboral". Iso sen prexuízo -matiza- do seu dereito a "narrar nas súas contas detalles ou anécdotas relacionados co seu traballo", sempre "fóra do horario laboral". Respecto diso, introduce unha cautela á autorización comunicativa exterior en rede que blinda, esixindo ás persoas empregadas gardar un "especial coidado" para evitar (previr) a posibilidade de que a súa información-comentario poda lerse "como un respaldo de TRAGSA, poñendo en perigo a independencia e o prestixio da empresa". Por tanto, nin poden utilizar "contidos propiedade de TRAGSA" nin posibilitar a confusión "entre as súas contas persoais e profesionais". En suma, a liberdade restrinxiríase a contas privadas e fóra de xornada.

Certamente, o exercicio destes dereitos comunicativos non está exentos de riscos, mesmo de despedimento. As fronteiras entre o dereito á crítica incómoda e o prexuízo á reputación da empresa non sempre son fáciles de deslindar (STC 190/2020), nin os límites entre aquela crítica displicente e mesmo de mal gusto, e a prohibición do insulto (ex. STS, 4ª, 347/2019, 8 de maio: a liberdade de expresión dunha organización cooperativa non ampara ataques sindicais en rede; no ámbito civil, moi ilustrativa destas dificultades é a STS, 1ª, 235/2020, 2 de xuño). Crecen, así, as controversias xudiciais en relación con este novo ámbito de conflitos entre persoas empregadas e as súas empresas, dentro e fóra do traballo.

En efecto, boa parte desas situacións danse fóra do tempo e lugar de traballo, así como a través de dispositivos electrónicos e redes privadas, non de empresa, ou das

organizacións (ex. STSX Madrid 600/2020, 30 de xuño, que cualifica de inxuriosa a crítica en rede dunha afiliada ao sindicato). O exercicio fóra do tempo de disposición comprometido coa empresa e a titularidade privada da rede (STC 27/2020, 24 de febreiro -respecto do dereito á imaxe), así como o carácter fundamental da liberdade en xogo, debese xogar a favor desta, non da posición empresarial (ex. STSX Madrid 555/2020, 30 de xuño -considera irónico, non crítico, un comentario en rede dunha empregada de compañía aérea-. Pero non sempre é así, ao contrario, a miúdo a liberdade termina pagando o prezo dunha sanción ou despedimento.

Non é inusual o recurso ao poder disciplinario en tales casos, contando co aval da doutrina xudicial. É o desenlace, da STSX Cataluña 30 de xaneiro de 2017, rec. 6712/2016 - procedencia do despedimento pola crítica en rede da traballadora á empresa, con dano á súa imaxe-. Ou o da STSX Murcia 448/2017, 26 de abril (procedencia do despedimento dunha representante sindical pola súa campaña crítica en redes contra a xerente dun centro-), ou a STSX Madrid, 342/2019, 1 de abril (procedente o despedimento por mensaxes críticas difundidas en rede, que se entenden alentadores dunha reacción violenta contra o xefe-), entre outros⁸. Mesmo se acode á vía penal en tales casos. Como, por exemplo, no asunto resolto pola SAP Burgos 327/2019 30 de setembro.

Nela condenouse a unha empregada de perfumería por escribir en FB comentarios vexatorios contra a encargada e, en consecuencia, provocar un dano á súa honra. Ou, o moi mediático, tamén claramente inaceptable socialmente, caso da muller que, en redes sociais, desexou en 2018, a Inés

⁸ De interese tamén a STSX IC/As Palmas, 532/2020, 28 de maio (con voto particular). Dáse conta da decisión empresarial de despedir a 6 traballadores pola crítica realizada á vida personal de luxo do empregador mediante a distribución de fotografías obtidas de FB. Logo desistíuse de varios deles por non haber queixas da clientela. Os dous despedimentos que se realizan son declarados procedentes, sen que se constate pola maioría unha violación da liberdade sindical -que si aprecia o voto particular-. Tamén a STSX Madrid 804/2019, 19 de xullo (procedencia do despedimento dun traballador por criticar en rede a empresa, tamén os seus compañeiros)

Arrimadas, que a "violasen en grupo"⁹, como forma de evidenciar o seu rexeitamento á súa campaña en Cataluña. A condena foi por delito de odio e discriminación ideolóxica. Pero previamente, no ámbito laboral, sufrira a "condena" a un despedimento *ipso facto*. E iso pese a que nos seus comentarios nunca identificou á empresa, polo que non puido prexudicar a súa imaxe.

A empresa fixo prevalecer o seu (pretendido) compromiso social cos valores esenciais da sociedade democrática (art. 10 CE), nos que a violencia en xeral, e a violación en particular, non teñen cabida, non deben ter cabida. De aí unha reacción inmediata e exemplar. A gravidade da conduta extralaboral derivaría nunha sanción rotunda (nada menos que a máxima na organización: a expulsión mediante o despedimento) dende o código de conduta laboral. En suma, a interiorización pola empresa, a través da súa responsabilidade social, da orde externa de convivencia derivou en razón xustificativa suficiente para unha medida de autotutela empresarial da orde interna de convivencia, aínda que non se vexa directamente afectada.

2.2. CÓDIGO DE CONDUTA: LEI PRIVADA MORDAZA REVESTIDA DE DEBERES ÉTICO-SOCIAIS?

O incivismo deste comentario merece reproche penal e social. Pero, por fortuna, non é usual. Si se normalizaron, e debe mover a unha revisión, os Códigos de Conduta ética para formalizar políticas internas de protección da imaxe corporativa fronte a eventuais comentarios críticos en redes polas súas persoas empregadas.

Búscase, despois de ser sometido a pactos de adhesión individual, unha autolimitación das expectativas de exercicio de liberdades comunicativas, a través do "consentimento informado" ao plus de conduta ético-social que o Código implica (STX Andalucía/Sevilla 1736/2017, 8 de xuño). Cunha redacción ou outra, proliferan estas cláusulas de blindaxe (confidencialidade e reserva) fronte á crítica, a fin

⁹ Unha boa síntese da condena: Condenan a catro meses de prisión á muller que desexou unha violación "en grupo" para Inés Arrimadas <https://www.elmundo.es/cataluna/2018/01/09/5a54a50a46163f7b448b4646.html>

de implicar ás persoas empregadas cos compromisos ético-sociais asumidos polas empresas, ata "aceptar" renuncias e/ou restricións comunicativas.

Vímolo en relación cos Códigos do Banco de España e da Banca March, así como no caso do Banco húngaro, apenas un puñado de experiencias dunha política máis estendida, tamén fóra deste sector. Aínda que no caso do Código do Banco de España se rexeita que, ante o desigual redactado de ambos en relación ao requisito da autorización previa, sexa aplicable a doutrina aplicada ao Código da Banca March (STS, 4ª, 1134/2020, 21 de decembro), o certo é que todos mostran un claro favor pola restricións (proporcionadas ou non, segundo os casos). En suma, os Códigos de Conduta e os seus protocolos de usos razoables (autocontención) das redes limitarían o alcance da liberdade crítico-comunicativa; pero debería ser ao revés.

A análise da experiencia, non só española, tamén noutros países europeos, como o belga, evidencia a relevancia que, na protección prevalente do prestixio social da empresa teñen, por encima mesmo da eventual calidade de empresa de tendencia, os compromisos internos¹⁰. Agora ben, como lembra a STC 27/2020, este tipo de cláusulas son adhesión e, por tanto, sen un consentimento real. Dende este punto de vista, e en todo caso, no debido xuízo de xusto equilibrio, debe terse en conta que é a liberdade a que ocupa un lugar preferente, non a imaxe de empresa, na medida en que nin sequera se trata -se de persoas xurídicas falamos- dun dereito persoal á honra, senón un dereito patrimonial ao respecto da súa imaxe social.

Esta necesaria revisión ponderativa, primando a liberdade sobre a política interna de empresa, sempre dentro dun equilibrio razoable, foi ben razoada pola STSX Madrid 555/2020, do 30 de xuño. Nela afirmase que unha política de empresa sobre a participación en redes do seu persoal, na que se procura protexer a reputación ou imaxe social daquela, non pode primar, menos incondicionalmente, aínda se conta cunha cláusula de adhesión individual, sobre o

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.

exercicio efectivo dos dereitos fundamentais -a liberdade de expresión- das persoas empregadas (FJ 2, parágrafo 6).

2.3. CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDADE, DEREITO DE CRÍTICA DIXITAL E DEPORTE PROFESIONAL

2.3.1. Os clubs deportivos poden ser, *de facto*, empresas de tendencia?: Relevancia laboral da conduta extralaboral

Esta mesma interpretación xurisdiccional de prevalencia da liberdade de expresión fronte ás políticas dirixidas á súa limitación, achámola na STSX Cataluña 4121/2019, 9 de setembro. Esta decisión presenta varios puntos de interese. O primeiro, que deviñese firme, en virtude do citado ATS, 4ª, 2 de abril de 2021, que non aprecia contradición. O segundo, polo ámbito de relacións de traballo no que se desenvolve, sempre envolto en notables peculiaridades, como son as relativas ao deporte profesional. O terceiro, e en conexión con aquel, polo difundido que está neste ámbito o recurso ás cláusulas de confidencialidade e de reserva, a fin de blindar unha notable opacidade sobre o funcionamento das relacións profesionais no seu seo. E, non obstante, a pesar de todo, aquí primou a efectividade do dereito do xogador profesional, como persoa traballadora e cidadá que é, antes que gran estrela deportiva.

Neste asunto, declárase nulo o despedimento dun coñecido xogador de baloncesto do Barça, coa consecuente obriga de readmisión -aínda que xoga actualmente na liga chipriota-, máis unha indemnización adicional por dano moral, reparadora, tamén disuasoria, de 25.000 € ex art. 181 LRXS. Deste xeito, e á marxe da perda de valor real desta readmisión na práctica (polo cambio de liga, non só de equipo), a sanción de nulidade súmase á medida indemnizadora, confirmando unha solución consolidada, a pesar das dúbidas sementadas, indebidamente, pola STC 32/2021, do 15 de febreiro, sen o ámbito das violacións dos dereitos de privacidade (a indemnización sería inherente á violación do dereito, non así a nulidade do despedimento¹¹)

¹¹ Unha crítica suxestiva 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

Dende esta visión, a recente decisión do TSX Cataluña primará a orde constitucional sobre a contractual. En efecto, o contrato e o Regulamento interno do primeiro equipo prevían a obriga de autorización previa, esixíndose, en todo caso, que a participación en redes, obrigatoria, sempre se fixese en defensa da mellor imaxe do club, evitando toda cuestión espiñenta, deportiva ou social (comentarios racistas ou non respectuosos con certos valores da sociedade en que se insire o club). Concretábase así a habilitación xeral do art. 7.2 do Real decreto 1006/1985, do 26 de xuño (relación laboral especial dos deportistas profesionais) para acoutar de forma restritiva, contractual e convencionalmente, o exercicio da liberdade de expresión. Con todo, non acostuman fixar especiais restricións os convenios, senón os códigos de conduta internos. Do mesmo xeito que a norma legal acouta esas restricións adicionais “por razóns deportivas debidamente xustificadas”, por tanto, non en virtude de calquera razón social. Aínda que o art. 17.2. do citado RD 1006/1985 si faculta aos clubs para impoñer sancións aos deportistas por condutas extradeporativas se, dun lado, repercuten grave e negativamente na súa relación, isto é, no seu rendemento profesional deportivo, ou, doutro, “*menoscaban de forma notoria a imaxe do club*”.

Deste xeito, *de facto*, non de dereito, as entidades deportivas aparecerían como se de empresas de tendencia se tratase. A liberdade de expresión, pois, acharía limitacións neste ámbito que non terían amparo noutras relacións, se o profesional puidese prexudicar de forma relevante o ideario ou valores deportivos ou sociais asociados a esta actividade (STSX Cataluña 6 de xullo de 2017). A defensa dunha exemplaridade social fóra do deporte acha reflexo en máis dunha decisión xurisdiccional (ex. conducir ebrio, infrinxindo o deber de exemplaridade cívica¹²).

¹² Foi o caso da STSX Estremadura do 25 de maio de 2009. Confirmou a procedencia do despedimento disciplinario dun xogador de baloncesto condenado por conducir baixo a influencia de bebidas alcohólicas, porque estaría obrigado a manter “unha irreprochable imaxe pública, non só polo Club ao que representan, senón polo exemplo... que supón para a

Agora ben, convén -é obrigado- ponderar estes xuízos de reprobación social en relación coa prevalencia da orde constitucional de dereitos fundamentais, que non poden ser sacrificados en favor desa pretendida exemplaridade social, que nas leis ten unha previsión excepcional. Para a sala catalá, a rede de autorregulación (contrato, código de empresa, mesmo convenio colectivo), non pode impoñerse ás liberdades comunicativas. En realidade, no caso citado do xogador de baloncesto, non se trataba nin de constatar o consentimento ou non (sexo previo sexo por adhesión posterior), nin de descoñecer o lexítimo interese do club, senón de axustar o xuízo ponderativo entre ambas as razóns (dereito á comunicación dixital, interese á imaxe corporativa) sobre a base do exposto. Por tanto, non se deben primar sen máis os compromisos previos limitativos, usuais no sector, senón o razoable da mensaxe, a súa proporcionalidade¹³.

En realidade -constata o tribunal- non era tanto unha crítica ao servizo médico do club en Instagram -como defendeu a entidade-, como un comunicado aclaratorio da súa situación respecto da lesión que padecía, razón pola que non podía xogar (a entidade atribuíalle mala actitude no equipo, ata imputarlle ausencias varias aos adestramentos, saídas nocturnas ata altas horas da mañá etc.). En suma, o xogador utilizou o seu dereito de comunicación dixital para a defensa da súa propia reputación profesional, afectada pola crítica empresarial (club).

mocidade, que acostuma eleválos á categoría de verdadeiros ídolos". Podería pensarse que contrasta esta doutrina -aínda que se trata duns marcos xurídicos diferentes- coa establecida pola STSX Castela-León 1955/2020, 17 de decembro, que non considera unha imprudencia temeraria a condución baixo a influencia de drogas e alcol, por non quedar constancia fidedigna do impacto dese estado na condución e, por tanto, no accidente laboral *in itinere*.

¹³ Non no ámbito do deporte profesional, pero si no das relacións comúns de persoas usuarias de redes sociais (no caso de Twitter), de interese, nesta liña, é a SAP 124/2020, do 26 de marzo. Esta sentenza considerou contraria á liberdade de expresión a suspensión unilateral dunha conta a cargo dunha persoa usuaria, baseada só en que incumpriría o "acordo de usuario de Twitter".

2.3.2. Unha espiñenta relación: o deporte profesional e a política (liberdade ideolóxica)

Non é o único caso no que o conflito entre a liberdade de expresión dun deportista profesional e o interese do club á defensa da reputación social adquire tinturas complexas, interferindo outros dereitos como liberdade ideolóxica ex art. 16 CE. Ambos os dereitos tenderían a ser limitados polos clubs a causa do impacto social das declaracións públicas do xogador. Foi o caso, en 2016, do futbolista do Lleida que viu rescindido o contrato por exabruptos en Twitter, en relación co conflito político catalán ("*Put a Generalitat de merda, non deixar poñer pantallas para ver á gran España. Viva España e puta Cataluña*" etc.)¹⁴. De nada lle servirían os novos comunicados en redes pedindo perdón.

Máis recente foi o caso do gardameta despedido polo Club Recreativo Granada (filial o Granada CF). Parece ser que a causa real do despedimento foi a presión política e social creada pola súa participación na celebración da clasificación do Selecta CF para a Europa League ataviado cunha camiseta con estas mensaxes: "*Altsasukoak aske*" ("liberdade para os de Alsasua") e "*Stop montaxes policiais*". Daba, así, apoio aos acusados do caso Alsasua. Un caso sentenciado con condena (STS, 2ª, 458/2019, 9 de outubro), como autores de delitos de atentado a axentes da autoridade, lesións, desordes públicas e/ou ameazas.

Neste caso, a diferenza do referido *ut supra*, si que están claramente en xogo a relación do deporte con outros valores sociais que, non inherentes ao deporte, si que gardan con el unha relación relevante -aínda que no profesional cada vez domine máis o económico-. De aí o debate sobre a lexitimidade dunha medida disciplinaria, ante a transcendencia social que igualmente ten o deporte e os seus deportistas, ao poñerse en xogo o valor reputacional do club, en risco por certas condutas dos seus profesionais¹⁵.

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

¹⁵ AGUIAR, Irene-VIDAL, Pere. El caso Etxebarria y la libertad de expresión de los deportistas profesionales. Iusport, 4 de octubre 2020.

Neste sentido, e sen poder entrar agora en máis fondura, parece claro que sería todo un exceso punitivo encadrar a conduta do xogador do Granada despedido -contratado logo polo Valencia FC- nun delito de enaltecemento do terrorismo (art. 578 CP; STS, 2ª, 27 de outubro de 2017 –si o sería a difusión en rede social de mensaxes de favor cara a actuacións terroristas, ao expandir o seu impacto-). Non obstante, si podería admitirse un risco potencial concreto de perda de valor reputacional do club con esa acusación de “montaxe policial”, xa que a acción está referendada xudicialmente. Con todo, o risco real podería ser o perigo de desviación cara a un puritanismo cívico extremo e cara a unha sociedade uniforme e intolerante con outros modos de pensar. O pluralismo debe ser tamén un valor do deporte, por tanto, as liberdades.

2.3.3. A loita contra o racismo no deporte é un imperativo constitucional: É sancionable unha conduta racista por asociación de parella?

Agora ben, convén ter presente que a defensa de certos valores sociais tamén no deporte profesional, como a loita contra a discriminación ou o racismo, de ningún xeito pode terse unicamente como libre opción político-ideolóxica, senón que é tamén, ante todo, un deber cívico, un imperativo constitucional do conxunto da sociedade. As políticas de tolerancia cero do racismo por parte dos clubs é, pois, máis que unha esixencia de responsabilidade social das entidades, para ser unha esixencia constitucional. Por iso é de lamentar que cada vez atopemos máis noticias relativas ao racismo no deporte, aínda que é de valorar positivamente que, ao tempo, sexan máis frecuentes as accións solidarias e correctoras, polo menos críticas tamén nos espectáculos deportivos onde se producen tan execrables condutas¹⁶

<https://iusport.com/art/113555/el-caso-etxebarria-y-la-libertad-de-expresion-de-los-deportistas-profesionales>

¹⁶ Varios exemplos achamos na páxina web. “Racismo en el Deporte”. <https://elpais.com/etiqueta/c/b44df67424cc7c642b5eb5100fec66ab>.

Destacamos: “PSG e Istanbul interrompen o partido de Champions para

Como no resto das actividades dos nosos mundos de vida (de interese a recente STXUE do 15 de abril de 2021, asunto C-30/19, que considera insuficiente o pago dunha indemnización pola compañía aérea que fixo un control de seguridade *ad hoc* a unha persoa só pola súa aparencia árabe-musulmá, a pesar de ser chilena¹⁷), o deporte en xeral, dende logo tamén o profesional, debe comprometerse sen fisuras coa loita fronte ás manifestacións racistas no seu seo. Agora ben, é igualmente oportuno poñer orde nesta loita, de modo que non termine converténdose nunha “caza de bruxas indiscriminada” tamén ela. E para ofrecer un fundamento máis práctico a esta observación cautelosa traerei dous datos a colación.

O primeiro, en relación co apenas comentado asunto do despedimento do exgardameta do Selecta FC por exhibir na súa camiseta unha reivindicación da inocencia de quen foi condenados polo caso Alsasua, mentres que deixou caer a prevaricación da policía (“montaxes policiais”). O voto particular de dous maxistrados, que acompaña a sentenza condenatoria referida, reclamou, con fundados argumentos, aplicar a agravante de discriminación ao considerar que os actos excluíntes ás persoas que representan ás institucións do Estado (gardas civís) son actos de discriminación por unha cuestión de ideoloxía contra o que representa o Estado. Por tanto, proxéctase nas vítimas como suxeitos pasivos por razón da distinta ideoloxía que para os autores teñen respecto deles. Sería predicable esta conduta do xogador de fútbol que se solidariza cunha camiseta-denuncia cos condenados? Parece excesivo.

O segundo ten que ver con outro despedimento dun xogador. *Aleksandar Katai*, foi “despedido” (formalmente parece que houbo un acordo de saída, iso si, a instancia ou inducido polos directivos, que poñían énfases na súa política de tolerancia cero contra o racismo) polo club anxelino LA

denunciar o racismo dun árbitro”.
https://elpais.com/elpais/2020/12/08/album/1607462132_922678.html

¹⁷ Precisamente, a STSX Galicia do 13 de abril de 2021, rec. 160/2020, acaba de condenar a unha empresa por discriminación na modalidade de aparencia de enfermidade equivalente á discapacidade (a persoa traballadora sería discriminada)

Galaxy da MLS. A causa? Ao parecer, polos insultos racistas, ou polo menos as manifestacións pouco adecuadas, non só "politicamente incorrectas", da súa esposa nas redes sociais, realizadas contra as persoas que se estaban manifestando en contra do asasinato racista policial de Georges Floyd¹⁸.

Unha vez máis, no meu foro persoal, e no meu esquema de valores sociais, esta conduta da esposa do xogador, así como a do exgardameta do Granada -hoxe do Valencia-, non teñen encaixe e non me provocan adhesión ningunha. Pero o meu xuízo de reprobación, ou o de reprobación social doutros, pode converterse nun xuízo xurídico de lexitimación dun despedimento por asociación¹⁹, isto é, pola conduta racista doutra persoa, por máis que se manteña unha relación íntima, como a de parella sentimental ou matrimonial, reflectindo na esfera da persoa traballadora a corrección disciplinaria dunha conduta que non lle é propia directamente, nin consta que a avalase publicamente? Non, non creo, ou non debería.

Respecto diso, e sen poder ir máis aló en tan suxestivo tema, convén ter en conta a doutrina contraria do TEDH a tales asociacións (aínda que no caso non se vinculaba a unha conduta racista, ou polo menos inapropiada socialmente, senón a unha manifestación de liberdade ideolóxica, como levar veio en público por parte da esposa dun funcionario). Trátase da STEDH do 2 de febreiro de 2016 (asunto Sodán contra Turquía). Esta decisión considera violados por Turquía tanto o art. 8 (vida privada) como 9 (liberdade ideolóxica), porque tras a decisión de

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

¹⁹ Para a crecente actualidade xudicial desta figura da discriminación por asociación non reflicte discriminación, tamén de interese a STSX Galicia 1584/2021, 16 de abril, respecto do despedimento nulo dun pai polo feito de comunicar o novo embarazo da súa muller (aplica a doutrina da STC 71/2020, 29 de xuño). Lamentablemente, os despedimentos sen causa real dos pais que anuncian o embarazo das súas parellas parecen cada vez máis frecuentes. Para unha condena, neste caso por un Xulgado social de Santander, de despedimento nulo e indemnización estándar mínima adicional (6251€), v. <https://elderecho.com/un-juzgado-declara-nulo-el-despido-de-un-trabajador-tras-comunicar-que-iba-a-ser-padre/>

traslado do funcionario había “unha sanción oculta” polo feito das súas crenzas relixiosas e das da súa esposa (exhibidas no seu uso do veo islámico)²⁰.

Tampouco podo entrar agora no actual debate sobre as políticas de neutralidade empresarial respecto de símbolos relixiosos e o dereito á adaptación razoable en favor da liberdade relixiosa -que non debe confundirse con integrista relixioso, tan perigoso para a liberdade de expresión e para a propia vida, como se evidenciou en certos atentados-, que está a crear unha doutrina xurisprudencial multinivel²¹.

Agora ben, si convén afirmar, e parece claro, pola relativa analogía con esa doutrina -aínda que os asuntos diverxan-, que non pode “castigarse” no plano laboral só pola conduta socialmente inaceptable doutra persoa coa que se mantén relación (íntima, sentimental).

3. NOVOS ESCENARIOS DE PLURALISMO SOCIAL: É DELITO UN DESPREZO Á BANDEIRA NO CONTEXTO DE CONFLITO LABORAL?

3.1. O PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DEBE TOLERAR A CRÍTICA GROSEIRA DAS SÚAS INSTITUCIÓNS E SÍMBOLOS Sendo a liberdade de expresión e o pluralismo político que subxace a aquela tamén inherentes ao deporte en xeral, aínda que no profesional atope maiores resistencias, toda restrición debe terse como excepcional, aínda que na práctica pareza funcionar de modo invertido²². Agora ben,

²⁰ V. 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 no seu magnífico Blog do 1 de marzo de 2016*, dispoñible:

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

²¹ Para o estado da arte interpretativa no TXUE e no TEDH de gran interese é a recente STS francés do 14 de abril de 2021, que fai primar a liberdade relixiosa (exhibición do veo por unha vendedora), sobre o interese da empresa para manter unha imaxe de neutralidade relixiosa ante a súa clientela feminina. No caso non constaba unha política formalizada a tal fin. V. ROJO TORRECILLA, E. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/04/la-imagen-que-pretende-dar-la-empresa.html>

²² V. Deporte y política? Libertad de expresión: valor fundamental del deporte y de los deportistas. <https://www.wats.team/deporte-y-politica->

parece manifesto que, en determinados contextos, como aqueles de conflito laboral, esa vixencia de liberdades de acción comunicativa socialmente crítica, mesmo groseira, agre, de mal gusto se se quere, debería gozar de especial tolerancia ou vigor. Con todo, a observación normativa (discurso) contrasta coa real (experiencia práctica).

Para ilustralo, quizais non sexa ocioso lembrar que deberon pasar décadas para que se derroga por completo o art. 315.3 CP (Lei orgánica 5/2021, do 22 de abril). Certo, refírese á eliminación de todo factor xurídico (legal e interpretativo) disuasorio do exercicio da liberdade sindical (non só o dereito de folga), non propiamente da liberdade de expresión (aínda que a liberdade sindical tamén se integre con liberdades comunicativas de denuncia e crítica, por suposto). Pero -cunha dureza inusual nunha lei- reflectiría unha política máis ampla de poñer fin a un tempo de represión de toda "manifestación pública do desacordo coas políticas económicas do Goberno", así como de "todas as medidas que exteriorizaron o conflito", afogando a capacidade de crítica cidadá (ex. Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá, a "lei mordaza", aínda avalada case na súa totalidade de normas pola STC 172/2020, do 19 de novembro).

Nesta dirección, o balance anual da Plataforma en Defensa da liberdade de información (PDLI) volvería poñer de relevo que, no ano 2020, nada se avanzou en materia de liberdade de expresión. Unha crítica confirmada por informes internacionais (ONU, Comisión, UNESCO²³). Algunhas das experiencias ilustrativas desa desvalorización de liberdades comunicativas en España son legais, vixentes e, ás veces, ligadas a proxectos do Goberno (ex. reforma da Lei xeral de telecomunicacións, coñecida como 'decretazo dixital'). Pero o seu núcleo duro céntrase na interpretación restritiva do

[libertad-de-expresion-valor-fundamental-del-deporte/](#). Critícase tamén a STC 5/2021, do 25 de xaneiro, que descarta que estea en xogo a liberdade de expresión nun conflito de federacións deportivas.

²³ Una revisión de síntese moi interesante ao redor destes informes e as experiencias que o 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/>

dereito á liberdade de expresión ante certas manifestacións artísticas, ou que se teñen por tales, expandindo, ao contrario, os seus límites, por consideralas como formas artísticas, culturais ou de opinión alternativas ofensivas, social e/ou institucionalmente, ou para certos colectivos (sentimentos relixiosos)²⁴.

De aí a referida proposta de reforma legal augurada que despenalice este tipo de exercicios na fronteira entre o crítico alternativo e o ofensivo. Por suposto, pese ao voto particular contrario dunha autorizadísima maxistrada, creo, con toda honestidade, que nada ten que ver a defensa dunha posición político-social antitaurina con "cualificar na rede social de asasino ou de opresor a Victor Barrio e mostrar alivio pola súa morte" (STC 15 de maio de 2021), atentando contra a súa dignidade humana (aínda morto) e o seu prestixio profesional. Como tampouco me parece que teña nada de punible (menos delito de enaltecemento do terrorismo), pese ao autorizado voto particular en contrario -a favor da interpretación restritiva do TS, Sala 1ª-, o exercicio dunha moi groseira -mesmo de pésimo gusto para min- crítica político-social en redes (Twitter) polo letrista rapeiro César Strawberry (STC 35/2020, do 25 de febreiro). Como sinala a doutrina constitucional, seguindo a do TEDH, o contexto (tamén o medio) no que se profiren determinadas mensaxes, fóra do cal podería entenderse un comportamento ofensivo, resulta clave para realizar o xuízo ponderativo entre a liberdade de expresión lícita e o seu límite por ofender a terceiras persoas. Por iso é polo que, como, para o ámbito laboral, lembrese a STC 108/2018, do 15 de outubro (unha da longa saga de sentenzas vinculadas á STC 89/2019), revogando o criterio máis tradicional exhibido pola sala de suplicación (canaria), expresións como as de "empresa corruptora", "terrorismo empresarial", "empresario corrupto", non deben ter a significación ofensiva ordinaria, máis no escenario español de estendida corrupción, senón a de crítica firme, dura -quizais agre, incómoda- no marco ou escenario dun conflito laboral. En

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

consecuencia, non deben verse como extralimitadas, senón lexítimas en tal ámbito.

E cando os comentarios groseiros teñen que ver con críticas político-sociais ao límite das institucións do orde constitucional (Monarquía, Forzas e Corpos de Seguridade do Estado) e mesmo cos seus símbolos democráticos (como a bandeira)? Para a STEDH do 13 de marzo de 2018 (caso *Stern Taulats e Roura Capellera c. España*) tamén debería darse, en tales casos, primacía ás liberdades comunicativas fundamentais, non só á liberdade de expresión, tamén á liberdade ideolóxica. Para o TEDH a institucionalidade dunha figura non debe determinar «unha maior protección especial en materia de insulto». Esta sobreprotección non é conforme ao espírito do Convenio, dado que «o interese dun Estado en protexer a reputación do seu propio xefe de Estado non pode xustificar que se lle outorgue a este último un privilexio».

E se se trata de desprezo á bandeira e media un contexto laboral conflictivo, incluída unha folga, debe servir igualmente de correctivo, ou en tales casos crúzase unha “liña vermella”? Como xa se apuntou, é aquí onde se cruzan algunhas das cuestións máis de actualidade do debate cívico xeral ao redor dos límites da liberdade de expresión co propio laboral. Así o evidencia a moi polémica STC 190/2020, do 15 de decembro, ditada por maioría, pero con catro votos particulares e 5 maxistrados discrepantes (xa vemos que non hai acordo nin na forma de razoar a discrepancia)

3.2. O CONTEXTO DE CONFLITO LABORAL PRIVA DE RELEVANCIA PENAL O DESPREZO Á BANDEIRA

A radical dualidade social en España sobre como afrontar xuridicamente este tipo de situacións atopa un fiel reflexo na citada sentenza constitucional, partindo practicamente en dous o TC (de poderse pronunciar o -renunciante, por dimisión- Maxistrado Dr. Fernando Valdés, quizais o fallo fose o contrario). Proba da complexidade, tamén da inestabilidade desta cuestión, será o cambio de criterio do Ministerio Fiscal. Este foi primeiro acusador no preito penal, que terminou con condena, para logo promover a

estimación de amparo, por entender que a doutrina do TEDH xa non permite penalizar este tipo condutas críticas. En todo caso, a maioría do TC considera que, aínda que teña a condición de sindicalista (neste caso do sindicato autonómico galego) e no contexto dun conflito laboral, a persoa irrespetuosa coa bandeira como símbolo do Estado comete un delito de ultraxe á bandeira (art. 543 CP) e, por tanto, non estaría amparado nin na liberdade ideolóxica nin de expresión nin na liberdade sindical. Afirmar «aquí tedes o silencio da puta bandeira» mentres leva a cabo unha cerimonia de izado daquela non tería xustificación e sería unha extralimitación de exercicio de tales liberdades de acción comunicativa crítica²⁵.

Non será esta a opinión dos votos particulares que, en sínteses, si darán prevalencia ao contexto de conflito laboral e as súas liberdades de exercicio. A fin de non dilatar en exceso este estudo, non podemos dar máis percorrido argumental a esta interesantísima decisión constitucional, cuxa relevancia desborda o laboral, para dar entrada a un debate político-cívico máis amplo²⁶. Pero si debo deixar claramente reflectida a miña posición, favorable a quen defendeu a prevalencia das liberdades comunicativas en xogo. E iso porque, ao meu xuízo, esta doutrina constitucional non só non é acorde coa doutrina do TEDH, senón que non o é tampouco coa propia da STC 89/2018 xa referida, na que se deu primacía ao contexto sociolaboral de conflito.

É máis que evidente que nun escenario de folga, no que se lexitima constitucionalmente o exercicio dun poder de autotutela, mesmo con certa dose de “violencia social”, con asunción de certos danos, empresariais e sociais, se non se desbordan, proferir expresións como as do sindicalista

²⁵ En breve, mentres se izaba a bandeira e se interpretaba o himno nacional e garda militar en posición de arma presentada, o sindicalista galego, que participaba nunha concentración de protesta por motivos laborais, valéndose dun megáfono e, segundo refire a sentenza, «con intención de menosprezala», gritou: «aquí tedes o silencio da puta bandeira» e «hai que prenderlle lume á puta bandeira».

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.

galego no medio do izado de bandeira carece de toda significación penal. As persoas traballadoras teñen todo o dereito a descargar a súa protesta contra os símbolos, ou contra as institucións, non só contra a empregadora, se diso non se deriva ningún prexuízo real, efectivo para ninguén, non xa simbólico ou de valoración social. En suma, ao meu xuízo, esta doutrina constitucional será severamente considerada polo TEDH se se recorre, como confío que se fixese, pois prima un valor simbólico constitucional sobre unha liberdade fundamental real, co consecuente efecto disuasorio de dereitos esenciais nun Estado non só social senón democrático de Dereito.

4. UN NOVO TEMPO DE FAVOR POLAS CANLES DE DENUNCIA: DO SILENCIO CORPORATIVO Á TRANSPARENCIA

4.1. PROTECCIÓN DAS PERSOAS DENUNCIANTES NA ANTESALA DA TRANSPOSICIÓN DA DIRECTIVA «WHISTLEBLOWING»

Sen ningún xénero de dúbida, outro dos novos escenarios que máis expectativas provocan para o desenvolvemento efectivo das liberdades comunicativas (información-expresión) nos medios empresariais, non só, pero si fundamentalmente, a cargo de persoas empregadas, é o relativo á entrada en vigor real para España da citada Directiva 2019/1937/UE (protección das persoas que informan sobre infraccións do Dereito da UE). Como se sabe, segundo o seu art. 26, o 17 de decembro de 2021 finaliza o prazo para a transposición por parte dos Estados -por tanto, tamén o español- da norma, sendo a súa vixencia progresiva, mesmo diferida, con todo, para as empresas privadas de menos de 250 persoas traballadoras (neste caso, o horizonte máximo de referencia serán dous anos máis -17 de decembro de 2023-). *Largo me lo fiais*, pois, para a gran maioría das empresas.

Por iso, as enormes expectativas creadas pola Directiva de revisión a fondo do noso sistema xurídico-institucional, sexa para os efectos de mellorar as canles -internas, sobre todo, pero tamén externas- de denuncia, sexa de reforzar a protección das persoas (empregadas) denunciantes, quizais

puidesen diminuír se se atende a este longo período para a súa implementación práctica. Aínda que é certo que non estamos totalmente orfos de previsións normativas sobre este tipo de instrumentos de garantía de cumprimento, propios da cultura anglosaxoa (ex. art. 31 bis CP -deber de establecer sistemas que preveñan o risco de incumprimento-; art. 24 LOPDGDD -Sistema de Información de Denuncias Internas -SIDI-), non menos verdade é que arrastramos insuficiencias moi notables. Con todo, non hai que concluír que non hai canles nin que quen os practica, de maneira formal ou máis informal, está carente de protección efectiva, pois a doutrina constitucional evidenciou ese plus protector.

Moi interesante respecto diso é a citada STC 146/2019, do 25 de novembro. Nela, seguindo a doutrina do TEDH (Herbai c. Turquía) e do TXUE (ex. STXUE 20 de xuño de 2019, C-404/18) máis garantista e innovadora, outorgará o amparo á liberdade de crítica da persoa traballadora denunciante. A doutrina fixada presenta notables puntos de interese.

Primeiro, porque revoga a doutrina de suplicación que se mostrou resistente a esta protección reforzada, ao entender que a canle de denuncia reivindicativa laboral -externa e pública: cliente principal, o Concello licitador- seguida non era a adecuada -debeu primar a interna-, de aí a ilexitimidade do dano causado. Segundo, porque, en última instancia, supón un afastamento, ou corrección, aínda velada, da súa doutrina precedente -STC 170/2013, 7 de outubro-, na que primou o interese da empresa para defender a súa imaxe social, en virtude do deber de boa fe contractual, sobre a liberdade de expresión e o interese social a coñecer o risco de catástrofe que podería derivarse de non corrixirse deficiencias do proceso produtivo empresarial (empresa de explosivos). Finalmente, porque confirmaría a persistente -aínda indebida- presenza no noso sistema de relacións laborais, dunha sorte de políticas de empresa que promoven, como vimos cos códigos de conduta fronte á comunicación dixital ou en rede *online*, a confusión entre o deber de boa fe e o deber de lealdade xeral, entendido en termos "de suxeición indiferenciada do

traballador ao interese empresarial". Pero tal modelo non se axusta -dende fai catro décadas- á orde constitucional de relacións laborais.

A pesar do coñecido, discursivamente, desta doutrina constitucional, a práctica segue evidenciando as resistencias para mutar en experiencia de vida cotiá no mundo do traballo. Pénsese, por poñer só un exemplo moi recente e en relación cun ámbito tan determinante, hoxe, a traxedia da covid-19, no asunto coñecido e resolto pola STSX Asturias 63/2021, do 19 de xaneiro. Un vixiante de seguridade sufriu o traslado a outro centro de traballo como represalia a uns comentarios críticos en Facebook, relativos ao eventual incumprimento pola súa empresa dos seus deberes preventivos en relación co risco de contaxio por covid-19.

Como recollen os feitos, o vixiante usou expresións críticas tales como "caste empresarial", "leccións de moralidade" ou "heroes e miserables" no seu perfil en rede social para criticar que as persoas empregadas non esenciais permanecesen, a pesar de non dispoñer dos EPI adecuados, nos seus postos. Nalgúns comentarios chegou a identificar o cliente para o que prestaba servizos, cunha imaxe dos exteriores da fábrica. Esta conduta levou á empresa a reprobar a súa conduta por prexudicial para a empresa, suspendéndoo de emprego e soldo por falta moi grave e ordenando o seu traslado obrigado. Ao seu xuízo, o vixiante crearía un "clima de hostilidade cara á empresa" que se excedería respecto do exercicio lexítimo da liberdade de expresión. En cambio, para o TSX tratouse de represalia polo exercicio do dereito de crítica cidadá, hoxe cada vez máis dixital, que lle é inherente ás persoas traballadoras.

4.2. DA DENUNCIA INTERNA Á CRÍTICA-ALERTA: LIBERDADE DE EXPRESIÓN LABORAL, ÚTIL NA DEFENSA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Xustamente, este último ámbito temático permítete dar paso a un novo escenario para a revigorización da liberdade de expresión laboral, como un sistema de dereitos de cidadanía cívica crítica, mesmo socialmente responsable, non só comunicativa (tamén dixitalmente), que querería

referir neste estudo. Por suposto, ten que ver co actual tránsito, innato na Directiva de protección das persoas (empregadas) denunciante, dende as meras canles de denuncia de irregularidades graves constatadas, á da máis moderna (aínda que profunda a súa raíz nas leis francesas de 1980 -leis "Auroux"-, adoptadas en favor de afirmar un estatuto de cidadanía laboral na empresa -ex. dereito de alerta sindical do comité económico e social²⁷⁻) e comprometida figura xurídica do "dereito-alerta social"²⁸⁻.

De novo, para non razoar no baleiro, traio a colación unha decisión do TEDH que ilustra e abre novos camiños, ao meu xuízo. Refírome á notable STEDH do 8 de outubro de 2020 (Goryaynova vs. Ucraína). Neste asunto, de novo con clara desautorización da posición dos altos tribunais internos de Hungría, o TEDH amparará a intensa crítica realizada por unha funcionaria da Fiscalía, a través de comunicados nas redes sociais, contra as súas superiores, acusándoas de delitos de corrupción. A abstención das autoridades internas tras as denuncias iniciais realizadas pola traballadora-fiscal, e o notable interese social a unha intervención temperá contra un delito tan reprobable, serían circunstancias suficientes a fin de facer prevalecer a liberdade comunicativo-crítica ex art. 10 CEDH sobre as cláusulas de confidencialidade e a espiral de silencio corporativo ("lei de Omertá") que promoven.

Non por casualidade este ámbito, de delitos de corrupción, está entre os priorizados pola Directiva de denuncias. Con todo, nin é o único, pois o catálogo é moi extenso, nin se debe entender esgotado na dimensión de denuncia dos feitos xa completamente verificados ou arraigados, senón que ha de servir tamén como unha canle de alerta social ante unhas primeiras, o máis obxectivadas posibles, sinais dun risco social grave a partir das prácticas, políticas ou modelos de negocio das empresas. Sen dúbida, un dos espazos (novos escenarios) de máis proxección futura da liberdade comunicativa crítica, aínda que sorteada na Lei de

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.

transición dixital e cambio climático (Lei 7/2021, do 20 de maio), sería o do “dereito-deber sociolaboral á alerta ambiental”, tanto no plano individual (liberdades comunicativas-dereito de crítica) como colectivo (liberdades comunicativo-sindicais de responsabilidade social, non só laboral)²⁹.

Precisamente, a citada STC 170/2013, 7 de outubro, foi un freo a este avance na protección ambiental dende a liberdade de expresión crítica sociolaboral. Confiemos en que a superación desta doutrina (ex. STC 146/2019), e o novo contexto social e cultural en prol dun mundo verde, blinde outra oportunidade 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
- 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

²⁹ V., por todos, a análise 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.

- 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