

# LA LIBRE EXPRESIÓN EN EL TRABAJO, CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD Y DE RESPETO

## Freedom of expression at work, confidentiality and respect clauses

JAVIER NÚÑEZ VARGAS  
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.  
Sala de lo Social  
j.nunez@poderjudicial.es

### *Cómo citar/Citation*

Núñez Vargas, J. (2023).

La libre expresión en el trabajo, cláusulas de confidencialidad y de respeto.

*Derecho Privado y Constitución*, 43, 169-205.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.43.05>

(Recepción: 15/05/2023; aceptación tras revisión: 16/10/2023; publicación: 29/12/2023)

### **Resumen**

En las relaciones laborales son habituales las limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, en atención al cumplimiento de los deberes contractuales y al respeto de la buena fe contractual. Con frecuencia, suelen incluirse en el contrato de trabajo pactos que restringen la libertad de expresión del empleado, como son las cláusulas de confidencialidad y de respeto, prohibiendo a este revelar cualquier información a la que haya tenido acceso en la prestación de sus servicios y emitir juicios de valor negativos contra el empresario. Sin embargo, resulta preciso conciliar estas cláusulas contractuales con el derecho fundamental a la libre expresión del trabajador. Por lo tanto, la controversia no se reduce al rigor de estos pactos contractuales, sino que resulta imprescindible acudir a la doctrina constitucional y a la emanada del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

### **Palabras clave**

Derechos fundamentales; libertad de expresión; contrato de trabajo; cláusulas de confidencialidad y respeto.

**Abstract**

In labour relations, limitations on the exercise of the employee's fundamental rights are common, to ensure the fulfillment of contractual duties and respect for contractual loyalty. Employment contracts often include covenants that restrict the employee's freedom of expression, such as confidentiality and respect clauses, banning the employee to disclose any information that he has had access in the performance of his services and to make negative value judgments against the employer. However, it is necessary to reconcile these contractual clauses with the employee's fundamental right to free speech. Therefore, the controversy is not reduced to the strictness of these contractual agreements, but it is essential to apply the constitutional doctrine and that emanating from the European Court of Human Rights.

**Keywords**

Human rights; freedom of expression; employment contract; confidentiality and respect clauses.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LA LIBRE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR EN LA DOCTRINA DEL TEDH: 1. Extensión de la libre expresión (artículo 10.1 del CEDH). 2. Límites de la libre expresión (artículo 10.2 del CEDH). III. LA LIBRE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. IV. LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES O *WHISTLEBLOWERS*: 1. La protección de los *whistleblowers* en la doctrina del TEDH. 2. La protección de los *whistleblowers* en la doctrina constitucional. 3. Sucinta referencia a la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, y a la Ley 2/2023, de 20 de febrero. V. REFLEXIONES FINALES: CONCILIACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD Y RESPETO A LA MARCA CON EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los atributos incuestionables de los hoy denominados derechos fundamentales es su universalidad, por cuanto, al igual que postulara Santo Tomás respecto de la ley natural, pertenecen a ella todos los preceptos hacia los cuales se inclina el hombre por su naturaleza en aquello que tiene de común con todos los seres racionales. Esta virtud determina que aquellos derechos son previos al propio Estado y a cualquier pacto o convención social, al ser consecuencia misma de la naturaleza humana y su dignidad.

Siendo una verdad irrefutable el carácter iusnatural de los derechos fundamentales, también lo es que la integración de la persona en sociedad implica la constitución de una estructura política en la que se engrana el disfrute de estos derechos, lo que resulta determinante de un condicionamiento o modulación inevitable de su ejercicio. En ningún caso puede pretenderse que la libertad, seguridad y propiedad reconocidas por el ordenamiento en el seno de un Estado sean idénticas a las que pudieran imaginarse en un estado de naturaleza previo a aquel (Cruz Villalón, 1989: 45).

En el trabajo por cuenta ajena, de ordinario, se desenvuelven los derechos fundamentales del empleado, siendo preciso armonizar el legítimo ejercicio de estas libertades con los deberes inherentes al contrato de trabajo. Ya desde un inicio la doctrina constitucional advirtió de que el contrato de trabajo no puede considerarse un título hábil para la merma de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde esta

condición por insertarse en el ámbito de una organización empresarial<sup>1</sup>. Muy al contrario, al Estado social y democrático de derecho le repugna cualquier práctica próxima al *feudalismo industrial*<sup>2</sup>. Esta postura también había sido mantenida con anterioridad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el ámbito de ciertos derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>3</sup>, y reforzada más recientemente por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento aprobada en 1998, y enmendada en 2022<sup>4</sup>. No obstante, esta misma doctrina añadió que el ejercicio de estos derechos se ubica en el seno de una estructura empresarial amparada por la libertad de empresa y el derecho a la propiedad, reconocidos respectivamente en los arts. 38 y 33 de la CE, lo que justifica la admisión de ciertas limitaciones y sacrificios en la medida necesaria para adaptar su goce a los requerimientos propios de la relación de trabajo<sup>5</sup>. De esta forma, los deberes emanados del contrato de trabajo se convierten en canon de los límites que podrán imponerse a los derechos fundamentales del trabajador.

Con la evolución de la jurisprudencia constitucional se tiende a la matización o, incluso, abandono de la concepción contractualista anterior, aunque esta nueva senda no ha sido uniforme y constante en todos los casos (García-Perrote Escartín, 2022: 175). La modulación que el contrato de trabajo pueda producir en el goce de los derechos fundamentales del trabajador ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, siempre de manera proporcional y adecuada a la conse-

<sup>1</sup> STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2; cuya doctrina se reitera, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio; 186/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo.

<sup>2</sup> Este concepto tan plástico es empleado inicialmente por la STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2.

<sup>3</sup> STEDH de 6 de febrero de 1976, caso *Schimdt y Dahlström c. Suecia*, apdo. 33. En lo que aquí interesa, el tribunal afirma que el Convenio no distingue entre las atribuciones de potestad pública de los Estados y sus responsabilidades como empresario, por lo que el art. 11 vincula al Estado-empresario, tanto si sus relaciones con sus empleados son de derecho público como si son de derecho privado.

<sup>4</sup> En dicho instrumento se relacionan los principios fundamentales que todo Estado miembro de la OIT debe respetar, independientemente de si ha ratificado el convenio correspondiente en el que se propugna; equivalente claro al *ius cogens* en el derecho internacional general.

<sup>5</sup> SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6.

cución de tal fin<sup>6</sup>. Por consecuencia, la afectación del derecho fundamental en el marco de la relación iuslaboral debe atenerse a tres requisitos, a saber: adecuación de la restricción del derecho a la meta que se propone, siendo la única considerada como lícita la salvaguarda de los provechos o utilidades que legítimamente pudiera pretender el empleador; necesidad de la limitación del derecho fundamental del trabajador por no existir otra medida menos gravosa que fuera igualmente eficaz a la finalidad perseguida; y proporcionalidad de la modulación del derecho sin incidir en el ejercicio de este más allá de lo rigurosamente preciso<sup>7</sup>.

Para poder calificar como proporcionado un límite al ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador resulta capital, no que dicha restricción responda a las exigencias ordinarias del contrato de trabajo, sino que encuentre cobijo en la necesaria garantía de un interés legítimo del empleador constitucionalmente reconocido. En estos términos, la controversia ya no se plantea con respecto a los deberes contractuales del asalariado, sino más bien entre dos o más derechos o valores constitucionalmente protegidos<sup>8</sup>.

Dada la naturaleza peculiar de la relación laboral, en la que una de las partes queda dependiente y subordinada a la otra en cuyo ámbito de organización y dirección se integra, la colisión entre los derechos y libertades de ambos contratantes acontece con frecuencia, lo que da lugar a que la jurisdicción social deba ser especialmente sensible a estos conflictos de índole constitucional, y no de mera legalidad ordinaria. En la actualidad, puede apreciarse la creciente proliferación de algunos pactos contractuales que afectan sensiblemente los derechos fundamentales del empleado, como son las llamadas cláusulas de respeto y no agresión a la imagen de la empresa. Aunque se les denomina de distinta forma dependiendo de la empresa con la que se

<sup>6</sup> SSTC 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 7; 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 7, y 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3.

<sup>7</sup> Por todas, STC Pleno 39/2016, de 3 de marzo, FJ 4; cuya doctrina se reitera en la STC 160/2021, de 4 de octubre, FJ 3. Aunque con las singularidades propias de la materia específica, similares parámetros a los ya expuestos han sido manejados *mutatis mutandis* por el TEDH en la garantía de la intimidad personal del trabajador: en la STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu c. Rumania*, referida al control empresarial de la mensajería electrónica del empleado, y la STEDH de 17 de octubre de 2019, caso *López Ribalda y otros c. España*, respecto al control por videovigilancia.

<sup>8</sup> Esta doctrina subyace con claridad en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en la que se otorga amparo a una trabajadora que, tras haber sido sometida por su empleadora a una analítica y detectarse el consumo de estupefacientes, fue despedida, sin que se la hubiera informado de la finalidad de dicho control ni exista habilitación legal, vulnerándose su derecho a la integridad física.

concierte el contrato laboral, todas ellas tienen por finalidad impedir que el trabajador emita juicios de valor negativos sobre la actividad del empresario.

Sin duda, su redacción dependerá de las especificidades de la actividad o negocio a que se dedique el empresario, así como de las características de la relación laboral en la cual se pretenda estipular. Sin embargo, puede transcribirse el siguiente ejemplo de cláusula tipo:

[...] el trabajador no se podrá manifestar públicamente en contra de los intereses de la empresa, ni verter información que pueda dañar la imagen y buena reputación de la empresa, bien personalmente, bien cuando lo haga mediante seudónimo, ya sea en el orden jurídico, ya en el de las relaciones personales del trabajador, o mediante los medios de comunicación cualquiera que sea su vía (TV, radio, prensa escrita o internet, redes sociales, entre otros).

En muchos casos esta cláusula se acompaña del compromiso del empleado de guardar sigilo y confidencialidad respecto, bien a determinadas informaciones singulares calificadas expresamente como sensibles, bien a cualquier información que se haya obtenido con ocasión de la actividad laboral que se preste. Incluso, en ciertos supuestos, la obligación de silencio y no criticar a la empresa se incluye en el finiquito de extinción del contrato de trabajo. Sea como fuere, este deber pactado en el contrato de trabajo supone un límite evidente a la libre expresión del trabajador, desembocando en un nuevo conflicto de intereses con proyección constitucional, cuyo examen será objeto de este estudio.

## II. LA LIBRE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR EN LA DOCTRINA DEL TEDH

Siguiendo la estela del art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a la libre expresión, lo cual incluye «la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

La subsunción en una misma libertad genérica, cual es la de expresión, de otras dos particulares, como son las de opinión e información, ha hecho necesario tratar de distinguir con nitidez entre estas dos últimas. Se ha venido considerando la pertinencia de discernir entre hechos y juicio de valor, ya que, mientras la realidad de los primeros puede demostrarse, los segundos no son susceptibles de prueba. No es posible exigir a las valora-

ciones, interpretaciones u opiniones la veracidad intrínseca de su sentido, por cuanto supondría *de facto* la aniquilación de la libre expresión en la emisión de ideas y pensamientos<sup>9</sup>. Sin embargo, esta distinción entre hechos y juicios de valor queda desdibujada en muchos de los casos que se presentan en la práctica forense, pues, con frecuencia, la expresión de una idea implica indefectiblemente la combinación indistinta de hechos y valoraciones. Por ello, las deducciones e inferencias derivadas de un hecho, por más que este pueda demostrarse, suelen dirigirse a emitir una opinión, y, por ende, se aproximan más a un juicio de valor que a transmitir una información aséptica<sup>10</sup>.

## 1. EXTENSIÓN DE LA LIBRE EXPRESIÓN (ARTÍCULO 10.1 DEL CEDH)

El Tribunal de Estrasburgo ha calificado con insistencia la libre expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y el desarrollo completo de cada persona. Su ámbito de protección se extiende no solo a las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a las que molestan, chocan o inquietan. Constituye una manifestación directa del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática. Como derivado lógico, este derecho abarcará el fondo de las ideas e informaciones que se emitan y, además, el modo de su expresión, amparando los elementos indispensables para la transmisión de aquellas y todas las figuras retóricas que suelen acompañar, perfeccionar, embellecer o, incluso, endurecer el discurso, como la hipérbole, tan presente en la dialéctica política y periodística<sup>11</sup>.

La libertad de expresión contenida en el art. 10 se aplicará a todas las relaciones de trabajo en general. Esta conclusión fue alcanzada primeramente en el ámbito del empleo público, señalando que los arts. 1 y 14 del Convenio especifican que las altas partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I, sin excepción

<sup>9</sup> Así quedó sentado desde la STEDH de 8 de julio de 1986, caso *Lingens c. Austria*, apdo. 46. Se reitera con posterioridad este criterio en la STEDH (Gran Sala) de 23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick c. Austria*, apdo. 63; más recientemente, en la de 9 de octubre de 2012, caso *Szima c. Hungría*, apdo. 30.

<sup>10</sup> STEDH de 19 de septiembre de 2013, caso *Stojanovic c. Croacia*, apdo. 69, entre otras.

<sup>11</sup> SSTEDH, citada, *Oberschlick c. Austria*, apdo. 57; de 23 de septiembre de 1994, caso *Jersild c. Dinamarca*, apdo. 31, y de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gijssels c. Bélgica*, apdo. 48, entre otras posteriores que las reiteran.

alguna a esta regla vinculante y sin posibilidad de sufrir discriminación<sup>12</sup>. Estos razonamientos fueron extrapolados posteriormente a las relaciones de empleo privado, ya que las libertades reconocidas en el Convenio no suponen únicamente un deber negativo del Estado por el cual ha de abstenerse de cualquier intromisión ilegítima, sino que implican, además, ciertas obligaciones positivas de proteger su pacífico ejercicio por parte de las propias autoridades, incluso en las relaciones jurídicas horizontales<sup>13</sup>. Cuando el Estado, en cualquiera de sus instancias, incluidos los órganos judiciales, desconozca estas obligaciones, podrá derivar su responsabilidad ante la víctima de la lesión del derecho conculcado. Con estas consideraciones, el TEDH no hace sino aplicar la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, al menos en su versión mediata o indirecta, sosteniendo su predicamento y eficacia en las relaciones jurídico-privadas, en lo que siempre ha sido clara vanguardia el derecho del trabajo por encima del resto de ramas que componen nuestro sistema de tutela de derechos fundamentales europeo<sup>14</sup>.

El derecho de expresión se proyecta, más allá de la transmisión de ideas e informaciones *stricto sensu*, sobre la finalidad de preservar la propia reputación del sujeto que ejerce este derecho, contestando afirmaciones previas infundadas atinentes a su persona. Desde esta perspectiva, el derecho de réplica o rectificación queda amparado por la libre expresión, constituyendo un elemento primordial<sup>15</sup>. No obstante, este derecho de réplica quedará condicionado a los límites generales que relaciona el art. 10.2, a los que nos referiremos a

<sup>12</sup> STEDH de 26 de septiembre de 1995, caso *Vogt c. Alemania*, apdo. 43. En esta relevante sentencia el tribunal entiende que ha existido vulneración del art. 10 del Convenio por parte de las autoridades nacionales alemanas al despedir a una maestra de educación secundaria que militaba en la formación comunista DKP, ya que la medida no fue proporcionada a las necesidades de una sociedad democrática. La decisión difiere de otros precedentes en los que el tribunal concluyó que quedaban fuera de su competencia por no preverse en el Convenio la materia, cual es la selección del personal al servicio de la Administración, distinta de la salvaguarda de los derechos de los que ya tienen la condición de empleado público (STEDH de 28 agosto 1986, casos *Glaserapp* y *Kosiek c. Alemania*).

<sup>13</sup> STEDH de 29 de febrero de 2000, caso *Fuentes Bobo c. España*, apdo. 38., y todas las posteriores que la reproducen.

<sup>14</sup> Nótese que esta doctrina de la *Drittwirkung* fue formulada por primera vez por una sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Federal de Trabajo alemán de 1954, siendo su presidente Nipperdey (Bilbao Ubillos, 2017: 52).

<sup>15</sup> Así quedó sentado desde la Decisión de 5 de julio de 2005, caso *Melnychuk c. Ucrania*. Se reitera nuevamente en la STEDH de 3 de abril de 2012, caso *Kaperzynski c. Polonia*, apdo. 66.



continuación, y, más concretamente, habrá de guardar la debida proporcionalidad con respecto a las acusaciones o expresiones que pretenda contestar, sin excederse el replicante, «devolviendo el golpe de la misma manera» (*hit back in the same way*)<sup>16</sup>. En el campo de las relaciones laborales, la réplica quedará supeditada al deber de lealtad, reserva y discreción que tiene que observar el trabajador en su crítica al empleador, sin que por ello el asalariado deba permanecer en silencio frente a expresiones que le conciernen, por cuanto la exigencia de una lealtad desmedida comporta una infracción de la libre expresión amparada por el Convenio<sup>17</sup>.

En el desarrollo de su jurisprudencia el TEDH no ha ignorado la trascendental incidencia que el avance vertiginoso de la técnica tiene sobre la libre emisión de opiniones e informaciones. Como instrumentos de la libre expresión, se ha afirmado sin mayores obstáculos la circulación de los libros sin consideración a las fronteras<sup>18</sup> y el derecho a la creación de medios de comunicación con la consiguiente restricción de monopolios<sup>19</sup>. Más allá de estos ejemplos, el mayor impacto actual sobre la emisión de contenido informativo y juicios de valor lo representa internet, habiéndose convertido en uno de los principales medios para el ejercicio de la libertad de expresión en la medida en que brinda herramientas esenciales para la participación en debates sobre cuestiones políticas y de interés general<sup>20</sup>. Sin embargo, las virtudes de este medio vienen acompañadas de ciertos riesgos, como los comentarios claramente difamatorios, odiosos o que inciten a la violencia, que podrán ser difundidos como nunca en cuestión de segundos<sup>21</sup>. En todo caso, para afirmar

---

<sup>16</sup> Este concepto tan gráfico fue acuñado por la STEDH de 25 de noviembre de 1999, caso *Nilsen y Johnsen c. Noruega*, apdo. 52. Se apreció violación del art. 10 del Convenio en la sanción impuesta a varios representantes de la policía por las declaraciones realizadas por estos en respuesta a publicaciones previas que acusaban de irregularidades al cuerpo.

<sup>17</sup> STEDH de 28 de marzo de 2017, caso *Marunic c. Croacia*, apdos. 52 y 56. Siguiendo estos argumentos, se declara la violación del Convenio al sancionar a la demandante con su despido, ya que esta se limitó a contestar a otro dirigente que había criticado su gestión como directiva de una empresa municipal.

<sup>18</sup> STEDH de 17 de julio de 2011, caso *Asociación Ekin c. Francia*.

<sup>19</sup> SSTEDH de 24 de noviembre de 1993, caso *Informationsverein Lentia y otros c. Austria*, y de 20 de octubre de 1997, caso *ABC c. Austria*. Todas ellas citadas por Freixes Sanjuán (2003: 494-495).

<sup>20</sup> STEDH de 23 junio de 2020, caso *Vladimir Kharitonov c. Rusia*, apdo. 33.

<sup>21</sup> STEDH (Gran Sala) de 16 de junio de 2015, caso *Delfi AS c. Estonia*, apdo. 110. En esta trascendental sentencia se indica la necesidad de diferenciar entre el régimen de responsabilidad, de un lado, de los editores que tratan, manipulan y controlan

la responsabilidad del trabajador por las manifestaciones publicadas en redes sociales o cualquier otro mecanismo similar de internet, resulta preciso evaluar todos los factores concurrentes en el caso concreto, especialmente las consecuencias derivadas de dicha conducta respecto a la paz y tranquilidad en el lugar de trabajo<sup>22</sup>.

La libre expresión, además de constituir un bien en sí mismo, puede suponer un valioso instrumento que permita la plenitud real de otros derechos, como la libertad sindical. Como contenido esencial de este último derecho, los miembros de un sindicato deben poder expresar ante el empresario sus reivindicaciones para mejorar las condiciones de trabajo tanto de sus afiliados en particular como de los trabajadores en general. Consecuentemente, en los supuestos en que se halle comprometida la libertad de expresión de los representantes sindicales, el derecho a la libre expresión de ideas e informaciones del art. 10 habrá de cohonestarse con la libertad sindical del art. 11 del Convenio, de tal forma que las autoridades deben velar por que las sanciones impuestas no disuadan a los representantes sindicales de expresar y defender los intereses de sus afiliados<sup>23</sup>.

## 2. LÍMITES DE LA LIBRE EXPRESIÓN (ARTÍCULO 10.2 DEL CEDH)

Aun cuando la libertad de expresión ocupa una posición preferente en el sistema democrático liberal, no tiene carácter absoluto, sino que puede quedar afectada por diversos límites. Como dispone el art. 10.2 del Convenio:

[...] el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación

---

la información o ideas antes de publicarlas, y, de otro lado, de aquellos portales que operan como simples plataformas en calidad de intermediario, atendiendo a la intencionalidad económica de la actividad.

<sup>22</sup> STEDH de 15 de junio de 2021, caso *Melike c. Turquía*, apdo. 53. En este supuesto, el tribunal aprecia vulneración del art. 10 del Convenio por las autoridades turcas al imponer la sanción de despido a una trabajadora contratada que dio en varias ocasiones a «me gusta» sobre mensajes de Facebook de distinta índole en apoyo del pueblo kurdo.

<sup>23</sup> STEDH (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2011, caso *Palomo Sánchez y otros c. España*, apdo. 56.

de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En la medida en que puede constreñir el pacífico disfrute de la libre expresión por el trabajador, las sanciones que el empresario decida imponer a aquel en el ejercicio de su potestad disciplinaria constituyen una clara injerencia en dicha libertad, incluida cualquier represalia a que se vea sometido el empleado por las ideas o informaciones expresadas. La jurisprudencia del TEDH maneja un concepto amplio del término *injerencia*, pues, para ser apreciada, no resulta imprescindible que se haya adoptado una sanción disciplinaria real contra el trabajador, sino que basta con que el empleador hubiera observado una reacción frente a las expresiones del empleado que pudiera perjudicar a este en la libre emisión de ideas o informaciones, previniéndolo o condicionándolo en su comportamiento futuro<sup>24</sup>.

El tribunal ha sostenido que, en orden a calificarlos de acordes a la letra del Convenio, los límites impuestos a la libre expresión habrán de respetar tres requisitos diferenciados, que serán desarrollados en los siguientes párrafos. En todo caso, como tiene declarado con reiteración el tribunal, las excepciones a la libre expresión que contempla el propio Convenio deben ser interpretadas restrictivamente, y la justificación de la medida adoptada debe acreditarse cumplidamente<sup>25</sup>.

El primero de los presupuestos a que habrán de atenerse las injerencias a la libre expresión determina la obligación de que la medida en cuestión esté prevista por la ley, como el mismo art. 10.2 indica. Como ya se estableció en interpretación del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio, esta exigencia de legalidad requiere que la medida adoptada encuentre acomodo en la letra de la norma interna aplicable, y, además, que dicha ley sea suficientemente precisa como para ser accesible a la persona que pueda resultar afectada por esta y permitir a dicho sujeto conocer las consecuencias que de esta norma pudieran derivarse en el futuro respecto a la conducta seguida<sup>26</sup>. Por lo tanto, este primer requisito implica que la ley del Estado contratante goce de previsi-

---

<sup>24</sup> STEDH de 8 de noviembre de 2022, caso *Ayuso Torres c. España*, apdos. 42 a 45. Pese a que el demandante, teniente coronel del cuerpo jurídico militar y profesor de Derecho constitucional, no fue sancionado por las críticas al origen de la CE que realizó en una entrevista televisiva al haberse declarado prescrita la falta disciplinaria de que fue acusado, el tribunal entiende que constituyó un aviso o admonición respecto a futuras expresiones.

<sup>25</sup> Entre otras muchas, STEDH *Jersild c. Dinamarca*, ya citada, apdo. 31.

<sup>26</sup> Así quedó establecido desde la STEDH de 25 de marzo de 1998, caso *Kopp c. Suiza*, apdo. 55, en aplicación del art. 8.2 del Convenio.

bilidad en cuanto a los efectos perniciosos sobre la libre expresión, de forma que la persona concernida pueda atemperar su conducta a las advertencias de esta.

Sin embargo, la previsibilidad de la norma no puede conducir a que las consecuencias sean conocidas con absoluta certeza, ya que ello determinaría una excesiva rigidez de la ley interna que debe ser capaz de abarcar numerosos supuestos que pudieran acontecer en la práctica. El nivel de precisión exigido a la legislación nacional, que no puede prever todas las eventualidades, depende en un grado considerable del contenido de la ley en cuestión, del campo que esté diseñado para cubrir y del número y condición de aquellas personas a quienes se dirige. El mero hecho de que una norma pudiera admitir diversas significaciones no determina necesariamente que esta no satisfaga la previsibilidad requerida respecto a las consecuencias que pudieran afectar a la libre expresión<sup>27</sup>.

En sus resoluciones, el TEDH ha afirmado que las personas que desarrollan una actividad profesional suelen proceder con un alto grado de precaución al ejercer su ocupación, y por esta razón se puede esperar que tengan especial cuidado al evaluar los riesgos que conlleva<sup>28</sup>. Singularmente, la formación del trabajador ha influido en la decisión del tribunal cuando, pese a incluir la norma conceptos amplios, aunque no excesivamente difusos o ambiguos, los conocimientos jurídicos de aquel le permitían un entendimiento más que suficiente de las consecuencias recogidas en la ley, como es el caso de los fiscales<sup>29</sup>, y de los jueces<sup>30</sup>.

El segundo de los requisitos que deben observar los límites impuestos a la libre expresión supone perseguir la consecución de un fin legítimo, el cual debe corresponder con alguna de las metas que el mismo art. 10.2 del Convenio enumera. En el ámbito específico de las relaciones de trabajo, la finalidad

---

<sup>27</sup> STEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, caso *Perinçek c. Suiza*, apdo. 135, y todas las que en ella se citan respecto a distintos derechos reconocidos por el Convenio.

<sup>28</sup> STEDH *Delfi AS c. Estonia*, ya citado, apdos. 121 y 122, y todas las que en ella se citan.

<sup>29</sup> STEDH de 12 de diciembre de 2018, caso *Brisic c. Rumanía*, apdos. 93 y 94. En el supuesto enjuiciado, el demandante tenía la condición de fiscal, que había publicado ciertas informaciones sobre una investigación criminal en curso.

<sup>30</sup> STEDH de 8 de diciembre de 2020, caso *Panioglu c. Rumanía*, apdos. 102 a 106. El tribunal concluye que, aunque la norma disciplinaria aplicada al juez demandante que publicó acusaciones infundadas contra uno de sus compañeros no había sido interpretada por la jurisprudencia nacional, esta circunstancia no implica que la interpretación finalmente dada por los tribunales rumanos sea ilógica o arbitraria, lo que permite afirmar la previsibilidad de las consecuencias, máxime cuando el demandante era juez con amplios conocimientos en la materia.

que se invoca con mayor frecuencia para justificar las injerencias a la libre expresión del trabajador es la protección de la reputación o de los derechos ajenos. Debe tenerse presente que, siendo la relación iuslaboral sinalagmática en tanto que constituye fuente de derechos y obligaciones para ambos contratantes, uno de los bienes jurídicos a preservar es la reputación y el prestigio profesional del empresario, o de cualquiera otro compañero del trabajador que pudiera verse afectado por las expresiones vertidas por el asalariado<sup>31</sup>.

Esta protección de los derechos ajenos es concebida con gran amplitud, toda vez que abarca la salvaguarda de cualquier interés de los sujetos concernidos por la relación laboral o de terceros, como es el caso de la exclusión de la competencia desleal por parte del trabajador al amparo de una pretendida libertad de expresión<sup>32</sup>. No obstante, en aquellos casos en que la entidad empleadora sea una persona jurídica, la protección de su interés abstracto o general no goza de la misma relevancia que la tutela de la reputación ajena enunciada en el art. 10.2<sup>33</sup>. Existe una gran diferencia entre la reputación comercial de una empresa y la honra de un individuo en cuanto a su estatus social, ya que, mientras el segundo caso puede tener repercusiones en la dignidad de la persona, el primero está desprovisto de esa dimensión moral<sup>34</sup>.

En la doctrina del TEDH existe una gran variedad de pronunciamientos que acogen, además de la protección de la reputación ajena, otros de los fines legítimos señalados por el Convenio, como es el caso de la preservación del especial deber de lealtad y discreción que incumbe a los empleados públicos. Ha de tenerse en cuenta que, cuando son concurrentes los derechos individuales a la libre expresión de los funcionarios y la obligación de estos respecto

---

<sup>31</sup> STEDH de 25 de marzo de 1985, caso *Barthold c. Alemania*, apdos. 50 y 51. El tribunal aprecia violación del Convenio por las prohibiciones impuestas por las autoridades alemanas al demandante, veterinario de profesión, impidiéndole publicar en medios de comunicación críticas al colegio profesional de veterinarios en cuanto a la necesidad de implantar un servicio de urgencias, ya que ello impide debatir cuestiones de interés público.

<sup>32</sup> STEDH de 23 de junio de 1994, caso *Jacobowski c. Alemania*, apdo. 25. En este supuesto, el demandante, administrador único y redactor jefe de una sociedad que explotaba una agencia de prensa, publicó numerosos artículos criticando el funcionamiento de la empresa tras ser despedido, concluyendo el tribunal que no existió violación del Convenio, pues el ánimo del actor fue atraer la antigua clientela de la empleadora a su nueva empresa de noticias, incurriendo en competencia desleal.

<sup>33</sup> STEDH de 8 de octubre de 2015, caso *Kharlamov c. Rusia*, apdo. 29. En ella se sostiene que la universidad, entidad empleadora del demandante, tan solo ostentaba un mero interés general como institución.

<sup>34</sup> STEDH de 19 de julio de 2011, caso *UJ c. Hungría*, apdo. 22.

del cumplimiento de sus responsabilidades, este último aspecto adquiere una especial trascendencia a los efectos de aplicar las restricciones descritas en el art. 10.2 del Convenio<sup>35</sup>. Dadas las singularidades que caracterizan ciertos sistemas políticos y jurídicos de Europa, las especificidades propias de dichos ordenamientos pueden suponer un reforzamiento de los deberes inherentes a la condición de funcionario, como es el caso de la *democracia militante* alemana<sup>36</sup>.

En cuanto a la necesidad de garantizar la seguridad nacional y la defensa del orden público, en la medida en que pueden calificarse como fines legítimos a los efectos del art. 10.2 del Convenio, justifican la imposición de aquellas restricciones que fueran indispensables para su consecución a colectivos específicos como el personal militar, sin que, por el contrario, quepa argumentar que el estatus singular de dichos profesionales suponga la no aplicación del derecho a la libertad de expresión, sino tan solo su modulación para mantener la disciplina y orden elemental<sup>37</sup>. En todo caso, las especialidades derivadas del estatuto jurídico de ciertos trabajadores conducen al amparo de un fin legítimo que sea concordante con dichas singularidades, como es el caso de los jueces y fiscales, respecto a los que pueden admitirse restricciones a la libre expresión para preservar no solo la reputación ajena, sino también la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial<sup>38</sup>.

El tercer y último requisito obliga a que la restricción a la libre expresión sea necesaria, lo que implica la existencia de una necesidad social imperiosa en los términos que la define el tribunal, cuestión de mayor complejidad que los anteriores presupuestos. Siguiendo una interpretación estricta y nunca extensiva, la necesidad de la restricción ha de ser reputada imperiosa, por lo que, si el objetivo pretendido, en el sentido del art. 10 del Convenio, no es

<sup>35</sup> STEDH de 14 de marzo de 2002, caso *De Diego Nafria c. España*, apdo. 37. En este mismo sentido, STEDH de 9 de enero de 2018, caso *Catalan c. Rumanía*, apdos. 56 y 57.

<sup>36</sup> STEDH *Vogt c. Alemania*, ya citada, apdo. 51. Se parte del principio fundamental alemán de construir una constitución «capaz de defenderse por sí misma» como reacción al pasado nacionalsocialista para sostener la obligación de todos los empleados públicos alemanes de guardar lealtad a los valores y principios democráticos. Más recientemente, en la STEDH de 29 de noviembre de 2022, caso *Godenau c. Alemania*, apdo. 52, se reiteran estos deberes especiales, entendiendo justificada y proporcional la medida impuesta a una maestra de educación secundaria cuya militancia en movimientos de extrema derecha constaba, por lo que se la incluyó en una lista de personas inadecuadas para ser contratadas.

<sup>37</sup> STEDH *Ayuso Torres c. España*, citada, apdo. 47.

<sup>38</sup> SSTEDH *Brisic c. Rumanía*, cit., apdo. 99, y *Panioglu c. Rumanía*, cit., apdo. 108.

sinónimo de «indispensable», no podrá aceptarse la flexibilidad de términos tales como «admisible», «normal», «útil», «razonable» y «oportuno»<sup>39</sup>, pues supondría difuminar este tercer presupuesto y tolerar restricciones arbitrarias y caprichosas en justificación de motivos vagos e imprecisos.

Los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad, aunque queda condicionado a un control europeo sobre las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales. El tribunal tiene competencia para resolver en última instancia si una restricción es acorde al Convenio. En el ejercicio de esta potestad de control, el tribunal habrá de escrutar, de un lado, si la injerencia enjuiciada fue proporcionada con los fines legítimos perseguidos, y, de otro, si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen pertinentes y suficientes.

Para dilucidar si la restricción impuesta a la libre expresión del trabajador es necesaria, deben ponderarse los distintos intereses y libertades concurrentes. Ante todo, las relaciones laborales deben basarse en la confianza entre las personas implicadas en ellas, de suerte que en un contrato de trabajo debe regir la buena fe de los contratantes en todo momento. Sin embargo, esto no implica un deber de lealtad absoluta hacia el empresario ni la supeditación incondicional a sus intereses, aunque, por las especiales características de la relación de trabajo, puede ser determinante de que las expresiones que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en aquel<sup>40</sup>.

En la ponderación de los derechos en liza, de forma similar a los antiguos *iuris prudentes* de la Roma clásica, el tribunal no gusta de construir soluciones generales y abstractas que abarquen supuestos múltiples, sino que resuelve el conflicto en atención a cada una de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En esta labor, se han tenido en cuenta como aspectos capitales, entre otros, la motivación con la que el trabajador hizo las expresiones sancionadas, la significación de estas y sus posibles interpretaciones, y el impacto que hayan tenido sobre el empleador, así como la gravedad de la sanción impuesta al trabajador<sup>41</sup>.

Resulta determinante si las declaraciones del trabajador fueron vertidas en el marco de un conflicto laboral o sindical previo sobre la explotación del negocio o industria para el que está empleado el trabajador, máxime cuando dicho conflicto suscita cuestiones de interés general<sup>42</sup>. Conviene destacar que

<sup>39</sup> STEDH *Barthold c. Alemania*, cit., apdo. 55.

<sup>40</sup> STEDH *Palomo Sánchez y otros c. España*, citada, apdo. 76, y todas las que la reproducen.

<sup>41</sup> STEDH de 17 de septiembre de 2015, *caso Langner c. Alemania*, apdo. 45.

<sup>42</sup> STEDH *Fuentes Bobo c. España*, citada, apdo. 48.



el interés general no se circunscribe únicamente a asuntos atinentes a la gestión pública, sino que los conflictos laborales, aun afectando a relaciones jurídicas de índole privada, pueden revestir dicha trascendencia desde el momento en que inciden sobre el empleo o los salarios, cuestiones ambas de la mayor preocupación para la ciudadanía<sup>43</sup>.

La forma en que ha sido realizada la expresión también resulta relevante para juzgar la gravedad de las ideas o informaciones que se hubieran transmitido, en tanto que las expresiones difundidas por escrito comportan una consciencia más plena de aquello sobre lo que se opina o informa al permitir una reflexión más sosegada y cuidadosa que una expresión verbal, espontánea y precipitada<sup>44</sup>. Igualmente, incide sobremanera en la ponderación de los intereses concurrentes cuando la libre expresión constituye un vehículo del ejercicio de otros derechos, como es el caso de la libertad de cátedra, que entraña un derecho de libre expresión y acción conducente a la transmisión de conocimientos y docencia sin restricciones que ha de garantizarse<sup>45</sup>.

### III. LA LIBRE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En nuestro ámbito constitucional interno, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, se ha venido diferenciando entre la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1.a de la CE y la libertad de información del art. 20.1.d, exigiéndose tan solo a esta última la veracidad de la información transmitida<sup>46</sup>. No obstante, ante la dificultad práctica de tal distinción sumamente teórica y abstracta, la propia doctrina ha establecido que, en aquellos supuestos en que las expresiones

<sup>43</sup> STEDH de 21 de enero de 1999, caso *Fressoz y Roire c. Francia*, apdo. 50. El tribunal concluye la existencia de violación del Convenio por la condena penal impuesta a varios trabajadores que, en el marco de un conflicto salarial con Peugeot, publicaron un artículo que detallaba la evolución de los salarios del presidente de la directiva del empleador, basándose en fotocopias parciales de sus tres últimas declaraciones de impuestos.

<sup>44</sup> SSTEDH *De Diego Nafría c. España*, cit., apdo. 41, caso *Palomo Sánchez y otros c. España*, citada, apdo. 73.

<sup>45</sup> SSTEDH de 23 de junio de 2009, caso *Sorguç c. Turquía*, apdo. 35; de 20 de octubre de 2009, caso *Lombardi Vallauri c. Italia*, apdo. 43, y caso *Ayuso Torres c. España*, citada, apdo. 56.

<sup>46</sup> SSTC 181/2006, de 19 de junio, FJ 4; 56/2008, de 14 de abril, FJ 3; 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4; 38/2017, de 24 de abril, FJ 2, y 24/2019, de 25 de febrero, FJ 4, entre otras muchas.



emitidas contengan indiferenciadamente hechos objetivos y calificaciones o valoraciones, habrá de estarse al elemento que aparezca como preponderante.

La extensión del derecho a la libre expresión es amplia, por cuanto abarca la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, disponiendo de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de estas<sup>47</sup>. La libre expresión no solo ha de ser concebida en un sentido flexible para que produzca sus efectos, sino que, además, de su contenido esencial se desprenden unas facultades extensas, comprendiendo la crítica de la conducta de otro sujeto, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige<sup>48</sup>.

En aquellos supuestos en los que la libre expresión sea ejercida por los representantes sindicales de los trabajadores, el derecho del art. 20.1.a carecerá de sustantividad propia, y habrá de conciliarse con la libertad sindical del art. 28.1 de la CE, el cual garantiza, en su vertiente funcional, el derecho a la libertad de expresión e información respecto de cualquier asunto que pueda tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales<sup>49</sup>. Ahora bien, el derecho a la libertad de expresión del que son titulares los sindicatos no es equiparable al genérico derecho del que son titulares todos los ciudadanos, sino sobre materias de interés laboral o sindical como instrumento del ejercicio de la función representativa sindical<sup>50</sup>. En estos casos, las expresiones vertidas por los representantes sindicales se conciben como mecanismo de consecución de las legítimas aspiraciones de los sindicatos, y, en consecuencia, son tributarias de una mayor protección<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> SSTC 105/1990, de 6 de junio, FF. JJ. 4 y 8; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 148/2001, de 15 de octubre, entre otras.

<sup>48</sup> SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4.

<sup>49</sup> STC 203/2015, de 5 de octubre, FJ 5. En ella también se afirma que, cuando un representante unitario de los trabajadores esté afiliado a un sindicato, según las circunstancias del caso concreto, podrá ser beneficiario igualmente de la protección del derecho fundamental de libertad sindical, aplicando la doctrina de la STC 100/2014, de 23 de junio, FJ 4.

<sup>50</sup> STC 22/2023, de 27 de marzo, FJ 3.

<sup>51</sup> Por todas, STC 89/2018, de 6 de septiembre, en la que se condensa buena parte de la doctrina constitucional de la libertad de expresión en ejercicio de la libertad sindical.

La libre expresión disfruta de un estatus privilegiado en nuestro entramado constitucional, no siendo su única finalidad la tutela de una libertad individual, sino redundar en la garantía del sistema democrático efectivo, el cual, sin la posibilidad de expresar ideas y opiniones, quedaría yermo y estéril. Esta dimensión de salvaguarda de una institución pública fundamental no se aprecia, por el contrario, en otros derechos como el honor. El art. 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual serían vaciados de contenido real otros derechos que aquella consagra, lo que otorga a las libertades del precepto una posición preferente o preponderante<sup>52</sup>.

La doctrina constitucional continúa indicando que la relación laboral constituye un ámbito en el cual el ejercicio de la meritada libertad no solo está sujeto a las restricciones genéricas, sino también a los límites adicionales derivados del vínculo contractual que une a trabajador y empresario<sup>53</sup>. En su virtud, la libertad de expresión debe conciliarse, cuando se ejerce en el marco de una relación de trabajo, con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionadas a la protección de la libertad de empresa<sup>54</sup>.

Si el trabajador es un empleado público, debe tenerse en cuenta que la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE) y que este principio, en el ámbito de una relación funcional, se traduce en el deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores. No obstante, no puede desconocerse que los empleados públicos, y más concretamente los funcionarios, son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma suprema, muy singularmente de la libre expresión del art. 20.1.a, en relación con la cual la situación del funcionario es hoy día mucho más próxima que antaño a la de cualquier ciudadano. Aun siendo cierto, habrá de comprobarse si el ejercicio de esta libertad atenta contra los deberes esenciales del empleado público en el buen funcionamiento del servicio. Al dirimir este extremo se comprobará con facilidad que ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los cuerpos poseen el mismo grado de disciplina interna, por lo que, en aquellos supuestos en los que el estatuto jurídico del funcionario y las necesidades del servicio no

---

<sup>52</sup> SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3; 104/1986, de 17 de julio, FJ 5; 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3, y 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 4.

<sup>53</sup> SSTC 106/1996, de 12 de junio, FJ 5; 1/1998, de 12 de enero, FJ 3; 90/1999, de 26 de mayo, FJ 3, y 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 4.

<sup>54</sup> STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6.

sean determinantes de un especial deber reforzado de respeto y obediencia al superior, habrá de admitirse sin mayores obstáculos el pacífico disfrute de la libre expresión<sup>55</sup>.

En la ponderación de estos derechos concurrentes, uno de los factores de relevancia será la difusión que se hubiera dado por el trabajador a las expresiones en cuestión, de manera que, cuando aquellas hayan trascendido públicamente, la intromisión en el prestigio de esta será de mayor calado, al contrario que cuando se dirijan única y exclusivamente al empleador. Cabe advertir que el hecho de que la crítica al empresario se hubiera presentado a los restantes trabajadores de la empresa no supone necesariamente una exteriorización, ya que este proceder es consustancial a toda acción colectiva, que ha de tener siempre su origen en la iniciativa de un miembro o de un grupo del colectivo, al igual que la práctica habitual consistente en recabar firmas de los empleados, actuales o incluso de los antiguos que ya hubieran cesado en su relación laboral<sup>56</sup>.

Cuando la crítica ejercida por el trabajador frente al empleador suscite cuestiones de interés general, habrá de concederse un mayor margen a las expresiones utilizadas por el primero en detrimento del prestigio o buen nombre del segundo, toda vez que es la apreciación del meritado interés lo que concede el sentido a la libre expresión, gozando este derecho fundamental de la máxima protección que dispensa nuestro ordenamiento constitucional cuando concurren estas precisas circunstancias<sup>57</sup>.

Uno de los parámetros que la jurisprudencia constitucional ha tenido presente ha sido la concurrencia o no de conflicto laboral en el momento de proferir la crítica de que se trate por el trabajador, así como el posible daño que se hubiere derivado de esta al empresario. Siguiendo este criterio, no cabe definir lo objetivamente ofensivo prescindiendo de las circunstancias y del contexto en el que se desarrolla la conducta expresiva, ni tampoco limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente. Esta interpretación supondría reducir el ámbito de protección a las expresiones previsibles y restringir este derecho fundamental a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, desnaturalizándolo y pervirtiéndolo<sup>58</sup>. Debe distin-

<sup>55</sup> STC 81/1983, y de 10 de octubre, FJ 2; 69/1989, de 20 de abril, FJ 2, y 6/2000, de 17 de enero, FJ 6.

<sup>56</sup> STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 7.

<sup>57</sup> SSTC 4/1996, de 16 de enero, FJ 4, y 6/2000, de 17 de enero, FJ 7.

<sup>58</sup> SSTC 106/1996, de 12 de junio; 3/1997, de 13 de enero; 151/2004, de 20 de septiembre, y 198/2004, de 15 de noviembre.

guirse, de un lado, el hecho de que exista realmente en la empresa un malestar de los empleados por las condiciones de trabajo acordadas por el empresario, y, de otro, la ausencia de daño efectivo al empleador por el simple hecho de constatar esta realidad por parte de los trabajadores y ponerla en conocimiento de aquel para alcanzar una solución amistosa<sup>59</sup>.

El derecho a la libre expresión del trabajador se ha de amparar en la reclamación legítima de la mejora de sus condiciones de trabajo. Consecuentemente, habrá de valorarse si las expresiones vertidas por los asalariados tienen un carácter eminentemente laboral, proyectándose sobre aspectos atinentes a la gestión del negocio o industria por el empresario, por cuanto estas circunstancias conciernen directamente al interés de los empleados al repercutir en sus condiciones laborales. Por lo tanto, cuando las ideas o pensamientos transmitidos por el trabajador se ciñan a la actuación del empresario como empleador, gozarán de la protección constitucional propia del art. 20.1.a de la CE<sup>60</sup>.

Finalmente, debe tenerse muy presente que, cuando se ejercita la libertad de expresión, los límites permisibles de la crítica son más amplios si esta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, en tanto que, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública<sup>61</sup>. En este sentido, se ha venido distinguiendo por la doctrina constitucional entre personaje público, categoría reservada únicamente a quienes tengan atribuida la administración del poder público, y personaje con notoriedad pública<sup>62</sup>.

#### IV. LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES O WHISTLEBLOWERS

En los últimos decenios ha experimentado un gran desarrollo la aplicación del derecho a la libre expresión amparando la denuncia de actos ilícitos que incumben al interés general de una sociedad que se rige por las garantías esenciales del Estado de derecho. A diferencia de otros derechos fundamentales, la libertad de expresión constituye un instrumento indispensable en el

<sup>59</sup> STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 9.

<sup>60</sup> STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 8.

<sup>61</sup> SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 3/1997, de 13 de enero, y 151/2004, de 20 de septiembre.

<sup>62</sup> SSTC 134/1999, de 15 de julio; 20/2002, de 28 de enero, y 151/2004, de 20 de septiembre.

afianzamiento de la democracia, gozando de una proyección que trasciende el aspecto meramente privado individual. En consonancia con esta dimensión eminentemente pública, la libre expresión se erige en un mecanismo de lucha constante contra las corruptelas del ordenamiento que la propia sociedad se ha dado a sí misma, y que pretende preservar.

## 1. LA PROTECCIÓN DE LOS *WHISTLEBLOWERS* EN LA DOCTRINA DEL TEDH

Aunque con cierta demora, el Tribunal de Estrasburgo ha sido firme en la defensa de la denuncia de irregularidades por aquellos que conocieran de estas en el seno de la relación laboral o funcionarial. La singularidad de estos supuestos estriba en que el trabajador, que se encuentra constreñido por un deber especial de discreción o confidencialidad que le impide revelar datos de los que conozca con ocasión de la prestación de sus servicios, toma conciencia de prácticas ilícitas cometidas en la esfera de dicha relación jurídica.

Goza de una singular relevancia el art. 24 de la Carta Social Europea Revisada, que, en su apartado a), reconoce «el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio». El anexo a este mismo precepto advierte de que no se entenderá motivo válido para el despido «la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por supuesta infracción de las leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante las autoridades administrativas competentes», en línea con lo dispuesto en el art. 5 del Convenio 158 de la OIT. Aunque tradicionalmente estas salvaguardas habían venido aplicándose únicamente en la defensa de la garantía de indemnidad del trabajador contra posibles represalias del empresario, el tribunal lo extiende a la protección de los *whistleblowers*, sobre la cual fue aprobada la Resolución 1729 de 2010 por la Asamblea del Consejo de Europa.

Entiende el tribunal que, en ciertas circunstancias, estas expresiones del trabajador deben quedar subsumidas en el ámbito protector del derecho prevenido en el art. 10 del Convenio, en el contexto de una relación de trabajo pública o privada. Esta tutela se extiende a todos aquellos supuestos en los que la irregularidad cuya denuncia se pretende tan solo pueda ser conocida por una persona o grupo reducido de personas, ya que, de lo contrario, dichas anomalías quedarían opacadas y nunca podrían ser advertidos de ellas el empleador, la Administración o, en última instancia, la opinión pública. Sin embargo, en aras de compatibilizar la libre expresión del trabajador con sus obligaciones contractuales de sigilo, resulta preciso que aquel intente la denuncia de las

conductas o actos ilícitos por otras vías alternativas a la divulgación pública, que únicamente podrá admitirse en último término. La comunicación habrá de realizarse, primeramente, ante el superior del empleado, y solo en caso de ser imposible esta acción será proporcionada la publicidad de la denuncia<sup>63</sup>.

Para que las expresiones del trabajador sean beneficiarias de la protección del Convenio es necesario ponderar las diferentes circunstancias concurrentes, señalando a tal efecto la reiterada doctrina una serie de parámetros concretos<sup>64</sup>. En primer lugar, debe tomarse en consideración la incidencia que en el interés general pueda provocar la información que sea divulgada por el asalariado, de suerte que, en el marco de una sociedad democrática, el interés de la opinión pública por conocer la realidad de las irregularidades que pudieran producirse en la prestación de servicios públicos y, más aún, en la gobernanza del Estado, justifica el desconocimiento del deber de confidencialidad que compela al trabajador en cuestión<sup>65</sup>.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta la veracidad de aquellas informaciones que son objeto de divulgación por el trabajador, por cuanto el ejercicio del derecho a la libre expresión no es de carácter absoluto, e implica la obligación del sujeto en cuestión de comprobar, en la medida de lo posible, la exactitud de la información revelada. En caso contrario, se debe admitir la posibilidad de que las autoridades nacionales adopten restricciones de aquellas expresiones que contengan imputaciones difamatorias o formuladas de mala fe<sup>66</sup>. La protección del Convenio exige indefectiblemente que las divulgaciones y expresiones se hubieran realizado con la intención exclusiva de revelar las irregularidades conocidas para posibilitar su denuncia y cese, excluyendo aquellos supuestos en que el trabajador actúa movido por un ánimo espurio, como el escarnio o injuria de la persona contra la que se dirija el mensaje publicado<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> STEDH de 21 de julio de 2011, caso *Heinisch c. Alemania*, apdos. 64 y 65.

<sup>64</sup> Estos criterios quedaron fijados a partir de la conocida STEDH de 12 de febrero de 2008, caso *Guja c. Moldavia*, apdos. 72 a 78.

<sup>65</sup> Este criterio ya tradicional ha sido reiterado con mayor vigor en la STEDH (Gran Sala) de 14 de febrero de 2023, caso *Halet c. Luxemburgo*, en la que se aprecia violación del Convenio por la sanción penal impuesta a los trabajadores que filtraron documentos atinentes a las prácticas continuadas de evasión fiscal en que habrían incurrido numerosas empresas multinacionales, toda vez que el interés público debe prevalecer sobre el deber de sigilo profesional de aquellos.

<sup>66</sup> STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*, apdo. 46.

<sup>67</sup> STEDH *Langner c. Alemania*, ya citada, apdo. 47. El tribunal entiende no aplicable la protección de los *whistleblowers* al constatar que el demandante no tuvo la intención de revelar ninguna irregularidad, sino que actuó movido por sus recelos personales

Otro aspecto que habrá de valorarse será el daño irrogado a la autoridad o empleador al divulgar la información revelada por el trabajador, más concretamente, la naturaleza tanto de las irregularidades que son objeto de denuncia como de la autoridad o del empresario implicado. No obstante, cuando la información ha sido divulgada con anterioridad, y, por lo tanto, se encontraba a disposición del público, carece de lógica restringir las expresiones del trabajador acerca de aquella en tanto que esta ya era accesible a terceros, por lo que no puede apreciarse estrictamente un nuevo daño<sup>68</sup>.

Además de la veracidad de la información que ya se ha referido, es preciso valorar la motivación del trabajador en su proceder. Pueden concurrir algunas singularidades merecedoras de ser apreciadas, como son los especiales deberes y responsabilidades derivados del estatus específico del empleado, que tenga la obligación de divulgar las irregularidades de que conozca con ocasión de su profesión. Tal es el supuesto de los trabajadores que tengan la condición de representantes sindicales, o bien de periodistas, cuya labor es comunicar información, máxime cuando esta es trascendente para el interés general<sup>69</sup>. En estos casos no puede prevalecer la cláusula de confidencialidad sobre el cumplimiento de los deberes y funciones propios del trabajador.

El último de los parámetros a tener en cuenta para juzgar la proporcionalidad de la injerencia en la libre expresión del trabajador será la gravedad de la sanción o pena impuesta a este, un criterio ya tradicional en la extensa doctrina del tribunal. Obviamente, la más contundente de las sanciones será la extinción de la relación laboral por decisión del empleador que despidió al empleado, que solo puede calificarse de proporcionada cuando la gravedad de la transgresión del trabajador así lo autoriza, sin que pudieran haberse impuesto otras sanciones menos gravosas y más adecuadas al supuesto de hecho. En este punto, son de importancia las condiciones personales del trabajador sancionado, concretamente su edad y antigüedad en la empresa<sup>70</sup>.

Estos criterios de ponderación (*check balance*) que se han expuesto han sido aplicados por el tribunal incluso en supuestos en los que no ha tenido lugar, en rigor, una denuncia de irregularidades conocidas por el trabajador

---

contra un concejal de Economía al acusarle de prevaricación en una reunión ante la presencia del personal empleado y representantes sindicales.

<sup>68</sup> STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Matúz c. Hungría*, apdo. 43. En este supuesto se enjuicia el despido de un trabajador de la televisión estatal, periodista y presidente sindical, que publicó en un libro diversas informaciones sobre el funcionamiento del programa televisivo que presentaba, pese a estar obligado por una cláusula de confidencialidad.

<sup>69</sup> STEDH *Matúz c. Hungría*, ya citada, apdo. 38.

<sup>70</sup> STEDH *Fuentes Bobo c. España*, citada, apdo. 49.



en su prestación de servicios. Pese a que la divulgación llevada a cabo por el empleado no tenga por finalidad la censura de ilicitudes habidas en el ámbito de la relación laboral, puede ser de aplicación la misma doctrina sentada acerca del *whistleblowing*, ya que se trata de ponderar el deber de sigilo a que pueda quedar contraído el asalariado con su derecho a la libre expresión, siendo necesario valorar, entre otros extremos, la naturaleza de las expresiones en cuestión, los motivos de su autor, el daño causado, en su caso, al empleador, y la severidad de la sanción impuesta al trabajador<sup>71</sup>. Más aún, puede ser de aplicación analógica esta doctrina cuando ni siquiera se ha acreditado una divulgación como tal, sino que se acusa al trabajador de difundir informaciones falsas e infundadas<sup>72</sup>.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LOS WHISTLEBLOWERS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Descendiendo a nuestro ámbito interno, ya había establecido, de forma temprana, el Tribunal Constitucional que, en relación con la libertad de información, el deber de buena fe que pesa sobre el trabajador no puede interpretarse como amparo de situaciones que constituyen desviaciones de la normal prestación del trabajo, merecedoras de la reacción ciudadana para hacer valer el imperio de las normas. Una exigencia desproporcionada de subordinación y lealtad del asalariado en el cumplimiento de sus obligaciones laborales no puede cobijar la existencia de una contravención del ordenamiento, sino que, muy al contrario, resulta legítimo, en términos constitucionales, hacer llegar a la opinión pública la concurrencia de eventuales anomalías que, aun no constitutivas por sí de ilicitud alguna, pudieran llegar a comprometer el principio de responsabilidad que incumbe a todos los poderes públicos<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> STEDH de 5 de noviembre de 2019, caso *Herbai c. Hungría*, apdo. 40. En este supuesto se enjuicia el despido de un trabajador, encargado de recursos humanos, que, pese al deber de confidencialidad que le obligaba, publicó en internet informaciones genéricas relativas a su experiencia laboral en la materia en diversos estudios de su autoría, concluyéndose la violación del Convenio.

<sup>72</sup> STEDH de 8 de octubre de 2020, caso *Goryaynova c. Ucrania*, apdos. 59 y 65. El tribunal declaró la violación del Convenio por las autoridades nacionales que cesaron en su cargo a un fiscal que publicó en internet una carta abierta que denunciaba diversas irregularidades en el Ministerio Público. Se distingue del caso *Guja* en tanto que no puede apreciarse como tal una divulgación de información, ya que las autoridades nacionales incurren en contradicción al imputar al demandante, de una vez, tanto la difusión de falsedades como la revelación de datos confidenciales.

<sup>73</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 9.



La oposición aparente entre, de un lado, el deber de buena fe contractual que concierne al trabajador, y, de otro, su derecho a la libre comunicación de información atinente a irregularidades de las que se ha percatado en el ejercicio de sus funciones queda difuminada totalmente cuando la materia en cuestión goza de relevancia pública por afectar a la prestación de un servicio público que suscita un interés general. La denuncia de las anomalías presentes en dichos servicios puede llevarse a cabo, igualmente, por la representación sindical correspondiente, gozando de la protección reforzada prevenida en el art. 28.1 de nuestro texto constitucional<sup>74</sup>.

Con posterioridad, esta doctrina constitucional se extendió al ejercicio de la libertad de expresión que corresponde al trabajador, de suerte que habrá de admitirse la emisión de ideas, pensamientos u opiniones que tenga por objeto la divulgación de las ilicitudes o irregularidades que el empleado haya constatado en el contexto de su relación laboral. Este razonamiento alcanza su más recta aplicación cuando el asalariado, por su directo conocimiento de los hechos relevantes para el adecuado desarrollo de la actividad empresarial de su empleador, y más aún en el caso de un servicio público, se encuentra especialmente capacitado para formular denuncias que coadyuven eficazmente a la eliminación de fraudes o abusos en la prestación de estos servicios<sup>75</sup>.

No obstante lo anterior, el tribunal ha tomado en singular consideración uno de los criterios tradicionales empleados en la ponderación del derecho de libertad de expresión que corresponde al trabajador en su relación laboral, cual es la conexión de las ideas o crítica que se expone por el empleado con la actividad de trabajo que desempeña y condiciones de esta<sup>76</sup>. Sin embargo, este parámetro doctrinal no implica en ningún caso que la denuncia del trabajador haya de formularse únicamente ante el empresario y excluirse cualquier organismo ajeno a la relación iuslaboral, sino que la queja del empleado habrá de versar necesariamente sobre las condiciones en que se desenvuelve la actividad del negocio o explotación en el que presta sus servicios dicho trabajador. Concurriendo este presupuesto, cuando el asalariado haya planteado la cuestión, en primer lugar, a su empleador, podrá ulteriormente reproducirla

---

<sup>74</sup> STC 143/1991, de 1 de julio, FJ 5.

<sup>75</sup> STC 1/1998, de 12 de enero, FJ 5.

<sup>76</sup> STC 146/2019, de 25 de noviembre, FJ 5. En este caso, el tribunal otorgó amparo al trabajador que, después de hacerlo ante su empresario, planteó las quejas ante el ayuntamiento. Aunque pudo argumentarse que la materia de fondo (funcionamiento del servicio municipal de atención a personas mayores por empresa privada concesionaria) suscitaba interés para la ciudadanía, el tribunal fundó su decisión en la conexión laboral de las quejas planteadas por el trabajador y su respeto a la buena fe contractual exigible.

ante cualquier organismo o autoridad competente, sin quebrantarse por ello la buena fe que debe observar aquel.

A la vista de la evolución experimentada por la doctrina constitucional no es aventurado sostener que, aun cuando en un primer estadio aquella se situó en la vanguardia de la defensa de los trabajadores denunciantes de las ilicitudes e irregularidades existentes en su relación de trabajo, el esfuerzo posterior en la protección de empleados no ha sido el esperado. Hubiera sido deseable una recepción de la doctrina europea más rigurosa y acorde con las garantías del CEDH, configurando un ámbito de aplicación específico de las libertades constitucionales de información y expresión respecto a los denunciantes o *whistleblowers* (Sáez Lara, 2018: 274).

### 3. SUCINTA REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2019/1937, DE 23 DE OCTUBRE, Y A LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO

Como otras muchas instituciones jurídicas propias del derecho contemporáneo, la protección de los *whistleblowers* tiene su antecedente en la legislación estadounidense, cuyo exponente máximo es la *False Claim Act*, promulgada originalmente en 1863 en el contexto de la guerra de Secesión, con la finalidad de hacer frente al fraude en la ejecución de los contratos de suministros por parte de los proveedores del ejército. En su virtud, el Gobierno federal está facultado para perseguir a los sujetos que hubieran perpetrado un fraude contra los intereses de aquel, permitiendo, además, que los particulares puedan ejercitar acciones judiciales para la represión de estas conductas en nombre del Gobierno, y percibir una parte de lo recaudado por este<sup>77</sup>.

El derecho de la Unión Europea ha compartido la meta de proteger al denunciante como instrumento primordial para el fortalecimiento del Estado de derecho, elaborando un conjunto de normas sectoriales que abarcan la tutela de los *whistleblowers* en un espectro concreto del tráfico jurídico, como los servicios financieros, de transporte, mercado interior, medio ambiente, seguridad alimentaria y bienestar animal, y, singularmente, protección de los intereses financieros de la Unión. No obstante, dicha normativa no alcanza la generalidad de los supuestos en que un sujeto puede sufrir efectos perniciosos

<sup>77</sup> Con posterioridad se han dictado numerosas normas, como la Ley de protección de denunciantes de 1989, que ampara a los empleados federales que denuncien comportamientos fraudulentos, y la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, de aplicación en las empresas privadas que cotizan en bolsas y a sus filiales, así como la Ley Dodd-Frank de 2010, de reforma de Wall Street y protección del consumidor en el ámbito de los servicios financieros.

por la comunicación de infracciones que hubiera conocido. Precisamente, este ha sido uno de los objetivos de la nueva Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

La *ratio legis* hacia cuya consecución se orienta todo el preceptuado de la directiva comunitaria es la protección efectiva de los denunciantes de dichas infracciones, actuando como mecanismo efectivo en el descubrimiento de las conductas fraudulentas, y, de esta forma, posibilitar el afloramiento efectivo de estos ilícitos<sup>78</sup>. Para ello, la norma establece un grado de protección mínimo obligatorio en todos los Estados miembros, sin perjuicio del mayor amparo que pudieran establecer aquellos en el ejercicio de sus competencias. En todo caso, el legislador comunitario invita a dichos Estados miembros a que hagan extensivas estas disposiciones a otros ámbitos de sus ordenamientos nacionales con el fin de establecer un marco de seguridad coherente a todas las escalas, no limitado a la denuncia de infracciones de las normas de la Unión<sup>79</sup>.

La protección de los denunciantes no tiene su fundamento en la desventaja natural del asalariado con respecto a la posición del empleador, sino en la gran trascendencia pública del acto para salvaguardar la legalidad vigente. No obstante, la directiva añade que la protección frente a las represalias que pudiera padecer el denunciante se otorga en atención a un hecho indubitado, cual es la vulnerabilidad o dependencia económica del trabajador que comunica la infracción frente a la potestad del empresario, al cual se ve supeditado en toda su esfera laboral. *Contrario sensu*, cuando no pueda apreciarse esta dependencia, no será preciso conceder la protección meritada<sup>80</sup>.

Siguiendo estos criterios, el ámbito de aplicación subjetivo se extiende en favor de todos aquellos «denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral» (art. 4.1), indicando el mismo precepto que la protección abarca a los sujetos que gocen de la condición de trabajador a los efectos del art. 45 del TFUE. Debe tenerse presente que ha sido la jurisprudencia del TJUE la que ha delimitado el concepto de trabajador a los fines propios del derecho comunitario, de suerte que la naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral en el derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a estos efectos<sup>81</sup>. En su extensa jurisprudencia, el

<sup>78</sup> Así se desprende de su art. 1, en consonancia con su considerando 1.

<sup>79</sup> Considerando 5.

<sup>80</sup> Considerando 36.

<sup>81</sup> SSTJUE de 23 de marzo de 1982, *Levin*, asunto C- 53/81, apdo. 16; de 31 de mayo de 1989, *Bettray*, asunto C-344/87, apdos. 15 y 16; de 19 de noviembre de 2002, *Kurz*,

tribunal viene entendiendo que «la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución»<sup>82</sup>. En todo caso, pueden apreciarse en esta descripción las tradicionales notas determinantes de la laboralidad descritas en el art. 1.1 del ET.

Más allá de estos supuestos de vinculación laboral estricta, la directiva expande su tutela a otros en los que, aunque no se haya establecido un vínculo jurídico de trabajo por cuenta ajena, puede apreciarse con facilidad la dependencia y subordinación económica antes referida. En este orden habrán de incluirse los trabajadores que presten servicios por cuenta propia, los profesionales autónomos, los contratistas, los subcontratistas y los proveedores, además de los accionistas y quienes ocupan puestos directivos de las sociedades. También habrán de ser beneficiarios de la norma los voluntarios y los trabajadores en prácticas, aunque no perciban remuneración alguna. Igualmente, las personas cuya relación laboral haya finalizado, o aquellos que fueren meros aspirantes o candidatos al puesto de trabajo como empleado público o privado.

El propio denunciante no es la única persona que habrá de ser amparada según la letra de la directiva, sino también los terceros que puedan verse afectados por las represalias derivadas del acto de denunciar, como pueden ser los que facilitaron la información precisa al denunciante, sus compañeros de trabajo o familiares, y las personas jurídicas con las que el denunciante mantenga cualquier tipo de vinculación. Al igual que ya se había establecido por la jurisprudencia comunitaria en relación con la prohibición de discriminación como derivada de la garantía de indemnidad, esta no puede circunscribirse únicamente al trabajador que hubiera emprendido cualquier acción contra el empresario, sino que debe extenderse a todas aquellas personas que hubieren intervenido en favor del trabajador<sup>83</sup>, concibiendo un ámbito lato de la tutela que dispensar.

Un presupuesto indispensable para que el denunciante quede amparado por la tutela brindada por la directiva es la buena fe en la formulación de

---

asunto C-188/00, apdo. 32; de 7 de septiembre de 2004, *Trojani*, asunto C-456/02, apdo. 16, y de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, asunto C-116/06, apdo. 26.

<sup>82</sup> Esta acepción del término jurídico *trabajador* puede encontrarse en los muy diversos ámbitos de las normas sociales comunitarias, como es el caso de las SSTJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, asunto C-66/85, apdos. 16 y 17; de 13 de enero de 2004, *Allonby*, asunto C-256/01, apdo. 67; *Kiiski*, ya citada, apdo. 25; *Danosa*, antes citada, apdo. 39; *Comisión c. Italia*, citada, apdo. 17, y *Balkaya*, citada, apdo. 34.

<sup>83</sup> STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, apdo. 34.

la denuncia, lo que comporta tener motivos razonables para pensar que la información sobre la infracción que vaya a ser objeto de denuncia es veraz (art. 6.1.a), lo que excluye necesariamente cualquier denuncia realizada con una motivación maliciosa o ánimo deshonesto. Esta advertencia ya había sido reiterada por la doctrina del TEDH en el ámbito propio del Convenio.

La descripción exhaustiva de los mecanismos de denuncia excede del objeto de este estudio. No obstante, conviene destacar que, en línea con la doctrina fijada en el ámbito del CEDH, la denuncia consistente en la revelación pública de la infracción tan solo puede admitirse cuando, habiéndose formulado denuncia por los canales internos o externos referidos, no se han adoptado las medidas que fueren necesarias por los responsables, y, además, existan motivos razonables que hagan temer un peligro inminente o manifiesto para el interés público, así como, en los casos de denuncia externa, concurra riesgo de represalias o pocas probabilidades de que se dé trato adecuado a la denuncia (art. 15.1). Sin embargo, esta previsión no será de aplicación cuando el denunciante revele la infracción a la prensa directamente al amparo de las libertades constitucionales de información y expresión (art. 15.2), lo que, en la práctica, debe representar una cláusula de no regresión que permita respetar la mayor protección que los Estados miembros ya hubieren dispensado a los denunciantes en sus ordenamientos nacionales, interpretada a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

Este diseño resulta coherente, no solamente con la doctrina europea analizada, sino también con las resoluciones más recientes de nuestro TC, que compatibilizan la denuncia de la irregularidad por el trabajador con el deber de buena fe contractual, exigiendo que la queja se formule, en primer lugar, ante el empresario, y, solo cuando esta no haya tenido éxito, ante otras autoridades u organismos. De esta forma, concuerda a la perfección con las previsiones de la directiva (Lousada y Ron, 2020: 211).

Recientemente ha sido promulgada la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Únicamente deben destacarse ciertas particularidades en lo que aquí nos concierne, por cuanto, como regla, esta ley sigue todos los parámetros ya fijados por la directiva que traspone. Una de las diferencias más llamativas que presenta la norma nacional con respecto a la comunitaria es la sustitución del término denunciante (*whistleblower*) por el de informante, el cual ha sido preferido sobre otros vocablos, como el de alertador, que emplean otros ordenamientos vecinos como el francés. Pese a que el legislador no ha ofrecido ninguna explicación en el preámbulo de la ley, puede entenderse más acorde a nuestro sistema jurídico nacional la opción por informante, y así no equipararlo al concepto denunciante, que resulta más propio de la rama penal del ordenamiento.

Otro de los aspectos más trascendentes de la ley es la delimitación del ámbito material objetivo en el que resulta de aplicación la norma. Siguiendo la invitación de la directiva, la ley española extiende la protección al informante no solo a las infracciones del derecho comunitario, sino también a las comunicaciones sobre infracciones del ordenamiento nacional que tengan naturaleza penal, o bien administrativa, aunque en este último caso solo cuando sean de carácter grave o muy grave, excluyendo, por tanto, las de carácter leve. La justificación dada por el legislador en el preámbulo de la ley indica que esta restricción es precisa «para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad» (apdo. III).

Si bien puede ser incuestionable el acierto de no ceñir el ámbito de aplicación material de la norma a los supuestos de infracción del derecho de la Unión que describe la directiva, no parece lógico limitar aquel a las infracciones del derecho nacional que sean constitutivas de delito o infracción administrativa grave o muy grave. De un lado, esta decisión del legislador nacional provoca una notable asimetría entre el ámbito de aplicación objetivo de la directiva y la ley española, ya que la primera se extiende a cualquier infracción del derecho de la Unión en un sentido muy amplio, incluyendo acciones u omisiones tanto ilícitas como fraudulentas del derecho comunitario respecto a las materias relacionadas en la extensa lista del art. 2 (en relación con el art. 5.1). Sin embargo, la redacción de la ley nacional únicamente establece su aplicación respecto a comunicaciones sobre infracciones constitutivas de delito o infracciones administrativas graves o muy graves, descartando las comunicaciones que versen sobre cualesquiera otras infracciones, ya fueran infracciones administrativas leves o ilícitos de otra naturaleza. De otro lado, la exclusión de estas últimas infracciones plantea un serio problema práctico, ya que hace depender la aplicación de la norma, y, por ende, la protección del informante, de la distinción rigurosa entre unas y otras infracciones, cuando en muchos casos la frontera entre el ilícito penal, el administrativo, el civil o el laboral no es nada clara. Hubiera sido deseable un ámbito material más extenso que redundara en la garantía de la transparencia social, como apuntó Mercader (2020: 24) al analizar la posible trasposición de la directiva.

## V. REFLEXIONES FINALES: CONCILIACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD Y RESPETO A LA MARCA CON EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR

Ignoro si, por causa de un positivismo extremo o simplemente de una inseguridad indómita, los distintos operadores jurídicos suelen padecer una

tendencia incontentada hacia la concreción y el detalle, pormenorizando hasta el extremo los distintos supuestos y realidades fácticas que regula cualquier norma. Incluso, en ocasiones, guiados por este impulso irrefrenable, los juristas llegan a desconocer las notas esenciales de generalidad y abstracción que han de caracterizar toda disposición legal, valiéndose de una técnica legislativa que deforma, pervierte y desvirtúa el hecho que pretende disciplinar. Esta obsesión por lo concreto no solo imbuje al legislador, sino que alcanza a buena parte de los sujetos particulares que participan en la redacción material de los contratos, más aún cuando en el marco de una relación laboral la redacción de dicho negocio jurídico es asumida por la empresa y, en aras de proteger sus intereses, incluye un sinfín de estipulaciones.

El núcleo de todos los derechos y obligaciones que atañen al trabajador como parte destacada de la relación iuslaboral está representado por la lealtad que aquel ha de observar en favor del empleador en el cumplimiento de su prestación, de manera que, como ya advertía el art. 82 de la antigua Ley del Contrato de Trabajo de 1931, «los trabajadores deberán fidelidad el empresario y a la casa para la que trabajan». Está previsión legal, que constituye el fundamento último del vínculo sinalagmático establecido entre el asalariado y su patrono, fue reiterada en el art. 70 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, incluyendo, al igual que hacía su antecesora, una gran variedad de deberes del trabajador, tales como el de diligencia, indemnizar al empresario por los daños causados, prestación del trabajo o de obediencia, entre otros. Con la finalidad de distanciarse de cualquier resabio nacionalsocialista que el deber de fidelidad del trabajador pudiera arrastrar (Montoya Melgar, 2018: 323-324), dicho concepto fue sustituido por el actual deber de buena fe contractual en la redacción de los distintos estatutos de los trabajadores promulgados en democracia. En todo caso, comporta una manifestación más de la *bona fides* romana tradicional en los ordenamientos jurídicos europeos<sup>84</sup>.

Como derivó lógico del genérico deber de fidelidad, el art. 84 de la Ley del Contrato de Trabajo republicana indicaba que «el trabajador está obligado a los secretos relativos a la explotación y negocio de sus patronos, lo mismo durante el contrato que después de que se extinga». Esta literalidad fue reproducida en idénticos términos por el art. 72 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, cuyas discretas innovaciones se limitaron a sustituir el concepto de patrono por el de empresario. Posteriormente, en buena técnica legislativa, el legislador suprimió esta previsión normativa, al igual que otros muchos

---

<sup>84</sup> La *fides*, como lealtad a la palabra dada, es el fundamento de todo el sistema político y jurídico de Roma. La *bona fides* es entendida en el marco contractual como lealtad recíproca entre las partes contratantes (D'Ors, 2004: 66 y 545).



deberes particulares del trabajador que se relacionaban con profusión por nuestra legislación histórica. Sin embargo, el hecho de que dicha obligación del asalariado haya sido suprimida no puede significar que ya no quepa exigirla al empleado, sino que este habrá de continuar manteniendo el secreto de lo concerniente a la explotación empresarial por mandato de la buena fe contractual prevenida en el art. 5.º del ET vigente (García-Perrote Escartín, 2022: 263; Montoya Melgar, 2018: 324; Pazos Pérez, 2014: 116-117; Sala y Todolí, 2016: 28-29).

Más allá del deber de buena fe que compele al trabajador, los secretos de la actividad empresarial son tutelados por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2016/943, de 8 de junio. En la delimitación del objeto material de la ley, su art. 1, conforme a la meritada directiva, parte de un concepto muy amplio de secreto empresarial, por cuanto subsume en este cualquier información o conocimiento, incluidos el tecnológico, el científico, el industrial, el comercial, el organizativo o el financiero, que cumpla tres requisitos: primero, ser secreto *stricto sensu*, es decir, que no sea generalmente conocido ni fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice dicha información; segundo, tener un valor empresarial, y, tercero, haber sido objeto de medidas de protección por su titular. Estos secretos empresariales son protegidos con las acciones de cualquier naturaleza previstas en nuestro ordenamiento, y, además, con la acción civil que se reconoce en el art. 9 del mismo texto legal, cuyo ámbito de tutela incluye pretensiones tan diversas como la declaración de que una práctica constituye violación del secreto empresarial, cesación de la práctica, indemnización del perjuicio causado, aprehensión en propiedad de las mercancías fabricadas como consecuencia de dicha práctica y publicidad de la sentencia condenatoria, entre otras. El ejercicio de esta acción específica debe entenderse compatible con cualquiera otra que fuere procedente (art. 8), por lo que el trabajador que conculque un secreto de su empleador, además de indemnizar los daños irrogados en los términos establecidos por esta ley sectorial, podrá ser sancionado en consonancia con la infracción de la buena fe contractual que ha transgredido en el plano laboral.

La obligación de guardar el secreto profesional no solo tiene relevancia en el ámbito de la legalidad ordinaria, sino que también adquiere predicamento en la esfera constitucional como deber que se impone a determinadas personas para preservar la intimidad ajena<sup>85</sup>. Desde esta perspectiva, el art. 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, califica como intromisión ilegítima

---

<sup>85</sup> STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10.



«la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela», lo que tiene especial incidencia en el contexto de la relación laboral. Este deber de secreto profesional, para no ser inobservado a capricho del trabajador, resulta exigible no solo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquellos que por su relación laboral conviven en el hogar del empleador y disponen de un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen<sup>86</sup>.

El deber de mantener los secretos del empresario no es la única manifestación concreta del principio de buena fe contractual, sino que también puede apreciarse en la exclusión de otros comportamientos del asalariado que atenten contra la lealtad que le es exigible, como el vilipendio o la ofensa del empresario que desborda la crítica legítima. Para que la relación laboral pueda ser viable y prosperar es precisa, por ambas partes contratantes, la observancia de una confianza recíproca básica y elemental, sin la cual quedaría frustrado el entendimiento indispensable en el capital humano. Esta realidad insoslayable determina que, pese a no poder admitir una supeditación incondicional del trabajador a los intereses del empresario, el primero habrá de abstenerse de expresiones graves contra el segundo que, en otro contexto distinto a la relación laboral, podrían ser aceptadas. En esta lógica, las expresiones del trabajador deben atender no solo a los límites generales que impone el respeto a los derechos de terceros (art. 20.4 CE), sino también a bienes jurídicos especiales merecedores de protección, como la libertad de empresa y el prestigio de esta, según ya se ha expuesto en este estudio<sup>87</sup>.

La tutela del prestigio empresarial y de los secretos de la explotación o industria por cuantas disposiciones legales inciden en el deber de buena fe contractual, así como por la normativa sectorial reseñada, hace innecesarios, en gran medida, algunos pactos que suelen incluirse en el contrato de trabajo, como son las cláusulas de confidencialidad que obligan al trabajador a guardar reserva, y las de respeto o no agresión a la marca, que impiden a aquel expresar juicios contrarios a la explotación empresarial. Pero, sin duda, el factor que determina la pérdida de relevancia de estos pactos contractuales es la necesidad

<sup>86</sup> STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 6.

<sup>87</sup> Véase el apartado sobre límites a la libre expresión en la doctrina del TEDH: principalmente, STEDH *Palomo Sánchez y otros c. España*, citada, apdo. 76, y otras posteriores que la reproducen, como la STEDH *Herbai c. Hungría*, citada, apdo. 38. Igualmente, téngase presente la doctrina constitucional sobre los límites a la libre expresión del trabajador, sistematizada en la citada STC 181/2006, de 19 de junio.

imperiosa de elevar la resolución de la controversia entre los distintos intereses concurrentes a rango constitucional, desplazando el centro de gravedad desde el contrato de trabajo, y los derechos y obligaciones prevenidos en él, hacia las libertades y derechos fundamentales de que son titulares cada uno de los contratantes. Cuando un trabajador emite una crítica contra su empleador, o bien divulga una información concerniente a la actividad empresarial, las coordenadas de la discusión jurídica no se proyectan sobre el cumplimiento de un mero deber contractual por parte del asalariado, sino sobre la eventual lesión que este ha podido sufrir en el ejercicio de su derecho fundamental a la libre expresión, por lo que habrá de dilucidarse si los límites impuestos por el empresario son legítimos y proporcionados, independientemente del tenor de las cláusulas contractuales o convencionales<sup>88</sup>.

En adición a lo anterior, en los casos en que el trabajador se debe al estricto cumplimiento de otras obligaciones particulares propias de su cargo o profesión, las cláusulas contractuales de confidencialidad pueden ceder, sin que ello comporte que aquel ha desconocido la lealtad debida al empleador. Así, cuando el empleado ostenta la condición de representante de los trabajadores resulta imperioso que pueda desarrollar la actividad idónea para la efectiva defensa y promoción de los intereses de sus representados, lo que implica una mayor protección en el ejercicio de su libertad de expresión e información, en consonancia con la libre sindicación que le ampara. El hecho de que en el contrato de trabajo se hubiera incluido una cláusula de confidencialidad no altera el disfrute de estos derechos<sup>89</sup>. En concordancia con esta

<sup>88</sup> La propia Ley de Secretos Empresariales parece acoger este planteamiento cuando, en su art. 2.3.a, advierte de que no procederán las acciones reconocidas en dicha norma cuando los actos de obtención, utilización o revelación de los secretos empresariales se hayan amparado en los derechos de expresión e información reconocidos en la CDFUE, reiterando lo dispuesto en el art. 1.2.a de la directiva. Curiosamente, el legislador se limita a citar la CDFUE, olvidando nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, como es el CEDH. En todo caso, esta omisión no debería ser obstáculo para que la mayor protección que la CE y el CEDH pudiera dispensar sea de aplicación en el caso de que se trate, ya que, de un lado, las disposiciones de la CDFUE no pueden interpretarse como limitativas de los derechos reconocidos por los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros (art. 53 CDFUE), y, de otro, los derechos garantizados por el CEDH y las tradiciones constitucionales de estos Estados forman parte del derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). Entiendo que esta interpretación podría seguir teniendo vigencia a pesar de los criterios sentados en la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, caso *Melloni*.

<sup>89</sup> Como ya se explicó, este fue el razonamiento seguido en STEDH *Matúz c. Hungría*, ya citada, apdo. 38.

circunstancia, el art. 2.1.c de la Ley de Secretos Empresariales declara lícita la obtención de dichos secretos realizada en el ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados.

Más específicamente, cuando el trabajador comunique una información relativa a anomalías o irregularidades conocidas en la prestación de sus servicios en el marco de la relación laboral, gozará de la especial protección dispensada por el art. 10 del CEDH, la doctrina constitucional, y las normas positivas, tanto comunitarias como estatales, que han sido analizadas en los epígrafes que preceden. Debe tenerse presente que los derechos de los que disfruta el *whistleblower* o informante son de carácter indisponible, ya que aquel no podrá renunciar a estos válidamente, conforme al art. 24 de la Directiva 2019/1937, lo que resulta coherente con el principio de irrenunciabilidad de derechos tradicional en nuestro derecho del trabajo y reconocido en el art. 3.5 del ET. Incluso podría sostenerse que la protección del informante frente a las represalias del empresario entronca con la garantía de indemnidad derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. No puede desconocerse que la aplicación de dicha garantía del trabajador exige, necesariamente, que este hubiera ejercitado alguna acción contra el empresario o realizado algún acto preparatorio, previamente a sufrir la represalia en cuestión<sup>90</sup>. No obstante, tampoco cabe ignorar que el TEDH cimenta su doctrina sobre la protección del *whistleblower* no solo en el derecho a la libre expresión del art. 10 del Convenio, sino también en el art. 24.a de la Carta Social Europea y en el art. 5 del Convenio 158 de la OIT, que, como es sabido, constituyen la base principal de la garantía de indemnidad en el ámbito internacional.

La relativa intrascendencia de las cláusulas de confidencialidad y respeto, que se ha sostenido en este estudio, para efectuar el enjuiciamiento constitucional no puede quedar desdibujada bajo el argumento de que aquellas estipulaciones contractuales asumidas por el trabajador voluntariamente suponen una renuncia implícita a sus derechos fundamentales de libre expresión, y, en su caso, de información. La cuestión atinente a la posible renuncia de los derechos fundamentales ha sido ampliamente discutida por la doctrina científica, no solo dentro de nuestras fronteras, sino también en el ámbito transnacional<sup>91</sup>,

---

<sup>90</sup> Esta doctrina jurisprudencial ha sido matizada por la STS 917/2022, de 15 de noviembre, FJ 4, en la cual se declara nulo el despido de un trabajador al día siguiente de mandar un mensaje de WhatsApp al empresario reclamando el pago de una relación de horas extraordinarias, pero antes de interponer demanda o papeleta de conciliación.

<sup>91</sup> Incluso en Estados cuya doctrina siempre se reputa vanguardista en la construcción de las distintas categorías constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso de Alemania (Von Münch, 1982: 27-28).

habiendo alcanzado aquella un consenso al entender que, aun cuando la titularidad de dichas libertades no es susceptible de renuncia, puede serlo en cuanto a su ejercicio (Díez-Picazo, 2001: 134-135). Con mayor precisión, la doctrina constitucional comenzó señalando que, si el carácter imprescriptible no es obstáculo para delimitar temporalmente su ejercicio por los titulares de los derechos fundamentales, tampoco debe serlo para admitir su renuncia por un cierto lapso de tiempo cuando resulta más beneficioso para aquellos que su ejercicio<sup>92</sup>. Sin embargo, para poder admitir dicha renuncia, esta debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca, como ha exigido reiteradamente la doctrina constitucional<sup>93</sup>, con remisión a los diversos pronunciamientos del TEDH en la materia.

Tomando en consideración esta doctrina, más allá del principio de irrenunciabilidad de derechos que rige las relaciones laborales, no podrá nunca admitirse una renuncia de los derechos a la libre expresión e información por parte del trabajador, en virtud de las cláusulas de confidencialidad y respeto a la marca, si no se acredita ventaja cierta para el asalariado que compense la negativa a su ejercicio por un tiempo que, en todo caso, debe ser limitado. Puede apreciarse aquí la similitud con el esquema legal previsto para los pactos de plena dedicación y no competencia poscontractual.

### **Bibliografía**

- Bilbao Ubillos, J. M. (2017). La consolidación dogmática y jurisprudencial de la Drittwirkung: una visión de conjunto. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 41-74.
- Cruz Villalón, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 35-62.
- Díez-Picazo, L. M. (2001). Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, 45, 133-138. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.31933>.
- D'Ors y Pérez-Peix, Á. (2004). *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA.
- Freixes Sanjuán, T. (2003). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, 463-497.
- García-Perrote Escartín, I. (2022). *Manual de derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lousada Arochena, J. F. y Ron Latas, R. P. (2020). Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades. *Anuario da Facultade de*

<sup>92</sup> SSTC 7/1983 de 14 de febrero, FJ 3; 76/1990, de 26 de abril, FJ 7, y 51/2003, de 17 de marzo, FJ 6.

<sup>93</sup> SSTC 91/2000, de 30 de enero, FJ 15; 183/2000, de 10 de julio, FJ 4, y 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4.

- Dereito da Universidade da Coruña*, 24, 192-212. Disponible en: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2020.24.0.7485>.
- Mercader Uguina, J. R. (2020). La protección de alertadores, informantes o denunciantes: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. *Trabajo y Derecho*, 64, 1-30.
- Montoya Melgar, A. (2018). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Pazos Pérez, A. (2014). *El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información en el ámbito laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sáez Lara, C. (2018). Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los *whistleblowers*. *Temas Laborales*, 145, 243-280.
- Sala Franco, T. y Todolí Signes, A. (2016). *El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa y los acuerdos de confidencialidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Von Münch, I. (1982). La dignidad del hombre en el derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 9-33.