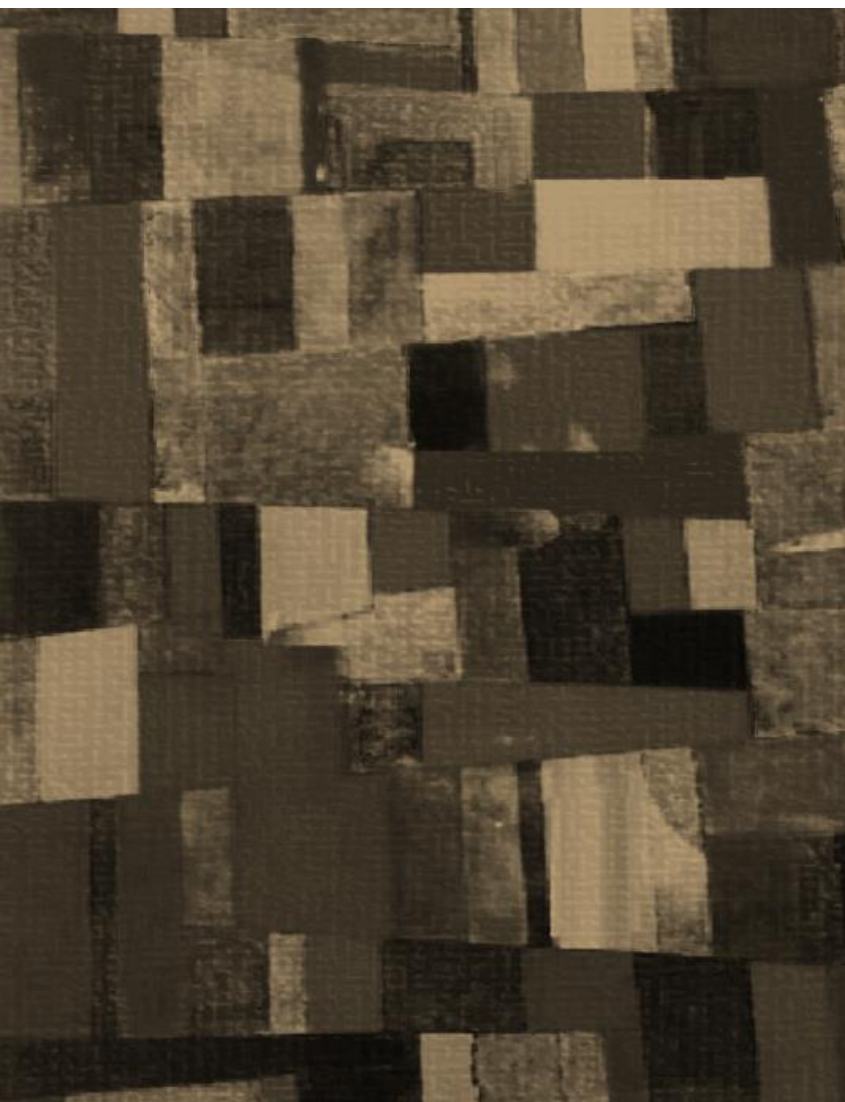


Número 215

JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de
Juezas y Jueces para la Democracia

Octubre 2020



Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del
Trabajo

Administración del Trabajo y
Seguridad Social

Cultura y trabajo

**Comisión de lo
Social**

Juezas y Jueces para la Democracia
www.juecesdemocracia.es
Blog Jurisdicción Social

Juezas y Jueces
para la **Democracia**

CONSEJO DE REDACCIÓN

Belén Tomas Herruzo

José Luis Asenjo Pinilla

Ana Castán Hernández

Amaya Olivas Díaz

Carlos Hugo Preciado Domènech

Jaime Segalés Fidalgo

EDICIÓN Y MAQUETACIÓN

Alba Bódalo Pardo

Fátima Mateos Hernández

CONSEJO ASESOR EXTERNO

Antonio Baylos Grau

José Luis Monereo Pérez

Cristóbal Molina Navarrete

Margarita Miñarro Yaninni

Francisco Alemán Páez

Olga Fotinopoulou Basurko

Juan Gómez Arbós

Ana Varela

Raúl Maillo

ISSN

ISSN 2695-9321

Jurisdicción social

Editado en Madrid por Juezas y Jueces para la Democracia

ÍNDICE

EDITORIAL

ARTÍCULOS

- Los derechos de los trabajadores, los trabajadores migrantes y los sindicatos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE
- ¿Se convertirán finalmente los ERTES en despidos colectivos y despidos objetivos por causas empresariales? Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y RD-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. José Luis MONEREO PÉREZ y Sara GUINDO MORALES
- Tablas legislativas. Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH

LEGISLACIÓN

- Unión Europea
- Estatal
- Comunidades Autónomas

2

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Estatal
- Autonómica

JURISPRUDENCIA

- Tribunal Constitucional
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Social
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

"Los derechos de los trabajadores, los trabajadores migrantes y los sindicatos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos"¹



Juez Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de pensamiento conciencia y religión, derechos humanos, trabajadores migrantes, políticas de recortes, derecho al respeto de la vida privada y familiar, sindicatos, trabajadores.

5

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: "el Tribunal") ha contribuido de forma decisiva a la protección de los derechos sociales en general, y de los derechos laborales en particular. Me gustaría subrayar cuatro áreas específicas que demuestran la riqueza de la doctrina en este ámbito. Me detendré primero en los asuntos individuales conectados a los derechos generales de los trabajadores, abordando el despido ilícito, los derechos a la vida privada y familiar, la libertad de religión y la libertad de expresión. Después abordaré el fortalecimiento de los derechos de los trabajadores migrantes mediante el Convenio. En tercer lugar, pondré el foco en los derechos de los sindicatos en relación con la libertad de asociación. Para terminar, a la vista del panorama económico de la última década, utilizaré la jurisprudencia para demostrar cómo las medidas de austeridad pueden afectar a los derechos humanos y cómo ha respondido el Tribunal a esta polémica cuestión.

Los derechos sociales, particularmente los derechos laborales, se han beneficiado de ser tenidos en cuenta por la jurisprudencia, porque la jurisprudencia del Tribunal ha fijado las fronteras y ha limitado el poder discrecional del Estado en relación a dichos derechos.

Sin embargo, también cabe apreciar una tendencia. Mientras que la protección de los derechos y libertades de los trabajadores se expande inicialmente, con el reconocimiento en determinados casos históricos del Tribunal, no puedo sino apreciar una tendencia

¹ Este texto corresponde al discurso pronunciado con motivo de la concesión de mi Doctorado Honorífico en la Universidad de Edge Hill el 6 de diciembre de 2019. Estas son opiniones particulares y no obligan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Traducido al español por Carlos H. Preciado Domènech. Magistrado del TSJ Catalunya. Doctor en Derecho.

regresiva, que trata con más vacilación las leyes laborales, amplía el ámbito del margen de apreciación de los gobiernos y fundamentalmente limita la eficacia del Tribunal al tutelar los derechos laborales. Esta tendencia regresiva no debería considerarse irreversible. Subrayaré cómo la genuina consideración de los principios de "soft law" permite al Tribunal adoptar de forma progresiva una consideración favorable de los derechos laborales y cómo puede continuar ayudando a garantizar los derechos de los trabajadores.

I.- Derechos de los trabajadores

En el núcleo de la integración de los derechos laborales en el ámbito de la Convención radica el principio de la indivisibilidad de los derechos humanos, en el sentido previsto por la declaración de Viena de 1993.² La indivisibilidad reclama un "enfoque integrador de la interpretación",³ orientada a integrar determinados derechos socioeconómicos en los textos de derechos civiles y políticos.⁴ La lectura de la Convención con su enfoque principal en los derechos civiles y políticos como instrumento capaz de abarcar los derechos sociales se basa en el carácter evolutivo de la Convención, una que funciona como un "instrumento vivo"⁵ y garantiza derechos "reales y efectivos" y no derechos "teóricos e ilusorios"⁶. La doctrina del "instrumento vivo" está respaldada por principios interpretativos no solo relacionados con el surgimiento de un consenso europeo⁷ sino también por la consideración genuina de instrumentos de "soft law" que sustentan la legitimidad de la toma de decisiones del Tribunal⁸. El uso de los principios de "soft law" es particularmente importante en casos donde el Tribunal se enfrenta a la ausencia de un consenso europeo. Además, ha sido una nota distintiva de la jurisprudencia de Estrasburgo que impone obligaciones a los estados parte del Convenio, de las cuales puede derivarse una especie de efecto horizontal de los derechos del Convenio en litigios entre particulares, tales como los litigios laborales⁹ y otros tipos de litigios privados¹⁰. Estos más que conocidos principios no representan novedad alguna, ni tampoco una postura activista del Tribunal. Se han utilizado por el Tribunal a lo largo de más de cuatro décadas y son de esencial importancia para proporcionar tutela judicial efectiva a partir de la Convención. El análisis de los siguientes casos de derechos laborales lo hará evidente.

² Véase la Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena, 12 de julio de 1993, A / CONF.157 / 23, que establece: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes e interrelacionados. (...)". Del mismo modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la Fundación de la Unión basada en "valores universales indivisibles de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad; (...)", ver Unión Europea, Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, 26 de octubre de 2012, 2012 / C326 / 02.

³ V Mantouvalou, 'Derechos laborales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: una justificación intelectual para un enfoque integrado de Interpretación' (2013) 13 (3) HRLR 1

⁴ Mantouvalou, "Derechos laborales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: una justificación intelectual para un enfoque integrado de interpretación" (2013) 13 (3) HRLR 1, y Franz Ebert y Martin Oelz, "Cerrar la brecha entre los derechos laborales y los derechos humanos: el papel del derecho de la OIT en los tribunales de derechos humanos regionales", OIT, DP / 212/2012.

⁵ Tyrer v. Reino Unido (1978) 2 E.H.R.R. 1.

⁶ Airey v. Irlanda (1979-80) 2 E.H.R.R. 305 en [24], 9 de octubre de 1979.

⁷ Glor v. Switzerland, (Demanda núm. 3444/04), sentencia de 30 de abril de 2009 en [75].

⁸ Shtukaturov v. Rusia (2012) 54 E.H.R.R. 27 en [95].

⁹ Young, James y Webster v. Reino Unido (1981) 4 E.H.R.R. 38 en [49].

¹⁰ 10 López-Ostra v. España (1995) 20 E.H.R.R. 277 en [52]

I.I Derecho de los trabajadores a la protección contra la suspensión de empleo y despido

La suspensión de empleo y el despido deben respetar la protección de los derechos civiles que proporciona el art.6 CEDH¹¹. Esta incluye el derecho de los trabajadores, entre otras cosas, a tener acceso efectivo a un tribunal, a ser juzgados dentro de un plazo razonable y sin demora judicial y a la ejecución de las sentencias¹².

El artículo 6 del Convenio también se refiere al derecho de los trabajadores a la protección frente el despido contrario a la presunción de inocencia¹³. Además, el artículo 6 exige que el despido sea motivado por el empresario. En el caso de *Lombardi Vallauri c Italia*, el despido por razón de manifestar opiniones "claramente contrarias a la doctrina católica"¹⁴ y el consiguiente incumplimiento de los tribunales nacionales del deber de corregir la falta de motivación de la decisión adoptada por la Junta de Facultad, fueran contrarios a la necesidad de motivar el despido, así como a la posibilidad de recurrir ante una autoridad competente.¹⁵ La autonomía de las comunidades religiosas, por lo tanto, no es absoluta y deben sopesarse cuidadosamente los intereses contrapuestos en conflicto.¹⁶

7

I.II.- Derecho de los trabajadores a la vida privada y familiar

De conformidad con el artículo 8 del Convenio, el Tribunal se ha ocupado de casos relacionados con la vigilancia del trabajador, el seguimiento de sus comunicaciones, la prevención de riesgos laborales y el despido por causa del ejercicio de opciones privadas de las personas trabajadoras¹⁷. Desarrollaré brevemente cada uno de estos temas, por su orden.

Con respecto a los test obligatorios de consumo de drogas a los trabajadores, el Tribunal indicó en los casos *Madsen v. Dinamarca*, así como *Wretlund v. Suecia*, que una injerencia en el derecho a la privacidad puede, en determinadas circunstancias, estar justificada si se realiza una cuidadosa ponderación entre "la incomodidad [...] para la persona trabajadora"¹⁸ y su interés de proteger la integridad personal, frente a los intereses de la seguridad pública y la protección de los derechos y libertades de los demás¹⁹.

El artículo 8 también se aplica en conexión con los artículos 9 y 11 del Convenio, como así se evidencia en los casos contrastantes de *Obst y Schüth v. Alemania*, relativos el despido de los demandantes de su trabajo en una institución religiosa por haber

¹¹ Véase, entre otros, *König v. Alemania* (1979-80) 2 E.H.R.R. 170; *Le Compte, Van Leuven y De Meyere v. Bélgica* (1982) 4 E.H.R.R. 1; *Obermeier v. Austria* (1991) 13 E.H.R.R. 290 en [70]; y *Frydlender v. France* (2001) 31 E.H.R.R. 52 en [45].

¹² *Pramov v. Bulgaria* (demanda núm. 42986/98), sentencia de 30 de septiembre de 2004; *Delgado v. France* (demanda núm. 38437/97), sentencia de 12 de junio de 2001; *Aurelia Popa v. Rumania* (demanda núm. 1690/05), sentencia de 26 de enero de 2010; y *Sabeh El Leil v. Francia* (2012) 54 E.H.R.R. 14)

¹³ *Teodor v. Rumania* (demanda núm. 46878/06), sentencia de 4 de junio de 2013.

¹⁴ *Lombardi Vallauri v. Italia* (demanda núm. 39128/05), sentencia de 20 de octubre de 2009.

¹⁵ *Lombardi Vallauri v. Italia* (demanda núm. 39128/05) en [52].

¹⁶ *Lombardi Vallauri v. Italia* (demanda núm. 39128/05) en [51].

¹⁷ Véase, inter alia, *Madsen v. Dinamarca* (dec.) (2003) 36 E.H.R.R. CD61 s12 sobre un requisito para que un empleado se someta a análisis de orina aleatorios para detectar drogas. Para más información sobre las pruebas de drogas en el lugar de trabajo, véase *Wretlund v. Suecia* (dec.) (2004) 39 E.H.R.R. SE5.

¹⁸ *Wretlund v. Suecia* (2004) 39 E.H.R.R. SE5.

¹⁹ *Wretlund v. Suecia* (2004) 39 E.H.R.R. SE5.

mantenido relaciones extramatrimoniales. La cosmovisión de una institución determina significativamente el peso asignado al nivel de lealtad y expectativas de comportamiento del empleado hacia la Iglesia²⁰. La expectativa de ser leal al empleador es incluso más intensa para los empleados en funciones superiores, como se demuestra en *Obst*²¹. Sin embargo, el Tribunal hace gala de una ponderación cuidadosa en *Schüth*, razón por la que el Tribunal concluyó que la motivación del tribunal nacional omitió importantes consideraciones de la vida familiar *de facto* relativas a la relación extramarital y la tutela legal que se le otorga. A diferencia del demandante en *Obst*, el de *Schüth* se habría enfrentado a importantes dificultades para encontrar otro puesto de trabajo²². Como consecuencia de ello, en la ponderación que hace el Tribunal en relación con el artículo 8 debe contemplar cuidadosamente la función precisa del empleado, el grado de dificultad soportado por el demandante a través de la injerencia en sí misma, pero también los efectos que se derivan de ello, incluyendo el alcance de la injerencia en la vida privada y familiar, para no convertirse en un “compromiso inequívoco de vivir una vida de abstinencia en caso de separación o divorcio” que afectaría al núcleo mismo del derecho al respeto de la vida privada²³.

Sobre la base de esta jurisprudencia, el caso *Fernández Martínez v. España* demostró la naturaleza interrelacionada de la vida privada y la vida profesional, ya que las consideraciones de la vida privada determinaban efectivamente la capacidad de ser empleado por la Iglesia. La escasa mayoría enfatizó la conciencia del solicitante de estar participando en actividades privadas que iban en contra de la cosmovisión de la Iglesia. Adoptando una actitud deferente a la vez que ponderando los intereses contrapuestos en juego²⁴, el Tribunal otorgó un peso considerable a la facultad de los sujetos de “abandonar libremente la comunidad”²⁵. En *I.B. v. Grecia* el Tribunal aplicó un enfoque de modelo social al concluir que un despido derivado de discriminación basada en problemas de salud personal, discriminó efectivamente y estigmatizó a la demandante, lo que le provocó un daño predominantemente social²⁶. El Tribunal mantuvo esta postura en *Kiyutin v. Rusia*, al determinar que “al Estado sólo se le debería otorgar un estrecho margen de apreciación para adoptar medidas que distinguieran a este grupo en orden a darle un trato diferenciado basado en su condición de portadores del SIDA (...)”²⁷. En un caso de despido por razón de sexo, la ausencia total de indicación de que la oficial fuese incapaz de cumplir con sus deberes, como se evidencia en *Emel Boyraz v. Turquía*, condujo a una condena inequívoca del Tribunal²⁸. Estos dos casos anteriores resaltan el aumento de sensibilidad del Tribunal hacia la naturaleza nociva de la estigmatización, los estereotipos y el trato diferenciado de personas trabajadoras. En esa línea, en el histórico caso de *Konstantin Markin v. Rusia*, el Tribunal reiteró su postura sobre el trato diferenciado: “El trato diferente de los militares hombres y mujeres respecto del derecho a la licencia parental, es obvio que no tiene por objeto corregir la situación de desventaja de las mujeres en sociedad o las “desigualdades fácticas” entre hombres y mujeres (...)” El Tribunal coincide con el demandante y el tercero que dicha diferencia tiene el efecto de perpetuar los estereotipos de género y es desventajosa tanto a la carrera de las

²⁰ 20 Véanse *Lombardi Vallauri v. Italia* (demanda núm. 39128/05) en [41]; Véase también, sobre la expectativa general de actuar con lealtad y buena fe hacia el empleador, *Pay v. Reino Unido* (dec.) (2009) 48 E.H.R.R. SE2.

²¹ *Obst v. Alemania* (demanda núm. 425/03), en [48] - [51].

²² *Schüth v. Alemania* (2011) 52 E.H.R.R. 32.

²³ *Schüth v. Alemania* (2011) 52 E.H.R.R. 32 en [71].

²⁴ *Fernández Martínez v. España* (2015) 60 E.H.R.R. 3 en [151].

²⁵ *Fernández Martínez v. España* (2015) 60 E.H.R.R. 3 en [128].

²⁶ *I.B. v. Grecia* (demanda Nº 552/10), sentencia de 3 de octubre de 2013 en [72] y [80].

²⁷ *I.B. v. Grecia* (demanda Nº 552/10), en [72] y [80].

²⁸ *Emel Boyraz v. Turquía* (demanda núm. 61960/08), sentencia de 2 de diciembre de 2014 en [53] - [56].

mujeres, como a la vida familiar de los hombres "²⁹. El caso no solo influyó significativamente en la jurisprudencia en materia de discriminación sexual, sino que, además, introdujo el derecho social a la salvaguarda del empleo del trabajador en el derecho civil a tener una vida familiar protegido por el Convenio.

En lo que respecta a los riesgos para la salud derivados de un concreto puesto de trabajo, el Tribunal ha subrayado la importancia de que el Estado "garantice que los demandantes reciban información esencial (...) que les permita evaluar los riesgos para su seguridad y salud." ³⁰ En consecuencia, la falta de acceso a la información sobre los riesgos puede suponer una violación del artículo 8 del Convenio, como se evidencia en *Vilnes y otros v. Noruega*.³¹ De manera similar, *Brincat y otros v. Malta* subraya que los gobiernos tienen la obligación de hacer accesible y fácilmente disponible la bien conocida evidencia científica de los riesgos del amianto³².

Al extenderse, más allá de la esfera privada, al ámbito laboral, el artículo 8 también se ha cobrado paulatinamente mayor importancia en el ámbito altamente problemático de las medidas de vigilancia en el lugar de trabajo³³. *Copland v. Reino Unido* sentó las bases para la protección de los derechos de las personas trabajadoras en relación con el control de los dispositivos de comunicación³⁴. Aquí, el Tribunal enfatizó la necesidad de medidas legislativas nacionales que estableciesen los límites de la injerencia legítima en el derecho a la privacidad mediante la supervisión de los empleados, pero se abstuvo de proporcionar pautas precisas al respecto. *Barbulescu v. Rumania* representó una excelente oportunidad para aclarar los requisitos relacionados con las injerencias legítimas en el derecho a la privacidad, particularmente con respecto a una política de vigilancia de Internet. Después de una decepcionante sentencia de la Sala, la Gran Sala afirmó que la captación de los datos de las comunicaciones del trabajador constituye una injerencia en su derecho a la vida privada³⁵, y criticó que las autoridades internas no hubieran determinado si el demandante había recibido comunicación previa sobre el seguimiento -incluido el alcance del seguimiento- de sus comunicaciones privadas³⁶. Al establecer la existencia de violación del derecho a la privacidad, el Tribunal hizo un amplio uso de la legislación internacional pertinente y del *soft law*. Fundamentalmente, la Gran Sala estableció los requisitos que permitirían a los tribunales nacionales comprobar si un empleador ha violado el derecho a la privacidad de una persona trabajadora³⁷. Debido a la persistente confusión entre la vida laboral y la vida privada, estas directrices debieron fijarse hace mucho tiempo. Las personas trabajadoras no renuncian a su derecho a la privacidad al cruzar la puerta de su centro de trabajo. Al usar el Internet en el lugar de trabajo, el trabajador sigue teniendo una "expectativa razonable de privacidad".³⁸

A pesar de las pautas previstas en *Barbulescu*, la Corte debe mostrar "mayor cuidado"³⁹

²⁹ 2Konstantin Markin v. Rusia (Demanda núm. 30078/06), sentencia de 22 de marzo de 2012 en [141].

³⁰ Vilnes y otros v. Noruega (demandas nos 52806/09 y 22703/10), sentencia de 24 de marzo de 2014 en [245].

³¹ Vilnes y otros v. Noruega (demandas nos 52806/09 y 22703/10) en [245].

³² Brincat y otros v. Malta (demandas núm. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11), sentencia de 24 de julio de 2014 en [114].

³³ Véase, inter alia, Niemietz v. Alemania (1993) 16 E.H.R.R. 97 en [29]; Köpke v. Alemania (diciembre) (2011) 53 E.H.R.R. SE26, Halford v. Reino Unido (1997) 24 E.H.R.R. 523 en [42].

(1997) 24 E.H.R.R. 523 en [42].

³⁴ Copland v. Reino Unido (2007) 45 E.H.R.R. 37 en [42].

³⁵ Barbulescu c. Rumanía (demanda núm. 61496/08), sentencia de 5 de septiembre de 2017 en [139].

³⁶ Barbulescu c. Rumania (demanda núm. 61496/08) en [136] y [140].

³⁷ Barbulescu c. Rumania (demanda núm. 61496/08) en [120] y [121].

³⁸ Halford v. Reino Unido (1997) 24 E.H.R.R. 523 en [44] - [45]; Copland v. Reino Unido (2007) 45 E.H.R.R. 37 en [43].

³⁹ Köpke v. Alemania (diciembre) (2011) 53 E.H.R.R. SE26.

sobre la vigilancia constante de los empleados por parte de los empleadores. La vigilancia constante tiene, no solo un efecto inevitable de autocensura, si no un "efecto amedrentador"⁴⁰, que puede infringir el derecho de una persona a la libertad de expresión, así como el derecho a la privacidad.⁴¹ Al respecto, Bernal ha enfatizado que: "La privacidad no es solo importante para los periodistas, sino que resulta crucial para la libre expresión en un amplio abanico de situaciones (...) Sin una expectativa razonable de privacidad, en muchos de tales supuestos, simplemente, se optaría por no hablar".⁴²

Recientemente, *López Ribalda y otros v. España*, en relación con la video vigilancia oculta de trabajadores,⁴³ que condujo al despido de las demandantes, demuestra que, lamentablemente, el Tribunal aún está dispuesto a conceder un amplio margen de apreciación del Estado. La "sospecha razonable de mala conducta grave"⁴⁴ con la que la mayoría pretendía justificar una injerencia legítima del artículo 8 del Convenio sin comunicación previa de la vigilancia, no puede justificar la elusión de las normas legales nacionales e internacionales. Los magistrados disidentes en este caso expresaron su descontento por no haberse logrado un equilibrio justo⁴⁵. Advertieron sobre la "facilidad con la que se puede realizar y transmitir la video vigilancia, multiplicando así significativamente la potencial vulneración de los derechos a la privacidad en virtud del artículo 8 del Convenio"⁴⁶. En particular, se argumentó que el marco legal existente, que exigía una advertencia legal previa sobre el uso de medidas de vigilancia, no admitía excepciones a esta regla. Esto es especialmente importante en el contexto de una relación empresario-trabajador; relación que inevitablemente genera un desequilibrio de poderes y aumenta la probabilidad de abuso de tales poderes.⁴⁷ Si los empleadores pueden actuar al margen del marco legal existente, ello probablemente desembocará en arbitrariedad e inseguridad jurídica.

I.III Libertad de religión de las personas trabajadoras.

A continuación, abordaré la cuestión de la libertad de religión y su relación con los derechos de los trabajadores. Se han analizado medidas disciplinarias frente a los trabajadores derivadas del uso de símbolos religiosos, tanto en el ámbito público como en el privado. En *Eweida y otros v. Reino Unido*, el Tribunal parece aceptar que los empleadores pueden justificar el despido de un trabajador si la exhibición del símbolo religioso contraviene el interés del empleador de proteger el buen orden en el lugar de

⁴⁰ El concepto de "efecto amedrentador" ya se reconoció en 1978, cuando Schauer trató de definirlo como "ocurre cuando los individuos que quieren participar en una actividad protegida por la primera enmienda están disuadidos de hacerlo por una regulación gubernamental que no esté dirigida específicamente a esa actividad." F. Schauer, "Miedo, riesgo y la primera enmienda: desentrañar el efecto amedrentador" (1978) 58 (685) Boston University Law Review 693; Ver también E. Eide, "Efectos amedrentadores sobre la libertad de expresión: vigilancia, amenazas y acoso", en R. Krøvel y M. Thowsen Making Transparency Possible. Un diálogo interdisciplinario (Oslo, Cappelen Damm Akademisk, 2019), p. 228; J. W. Penney, "Vigilancia, regulación y enfriamiento de Internet efectos en línea: un estudio de caso comparativo" (2017) 6 (2) Internet Policy Review 13, sobre los efectos de las actividades reguladoras en los usuarios de Internet.

⁴¹ Véase, a este respecto, *Klass y otros v. Alemania* (1979) 2 E.H.R.R. 214 en [37].

⁴² P. Bernal, "Tratamiento de datos, vigilancia y derechos humanos: reformulación del debate" (2016) 1 (2) Journal of Cyber Policy 254.

⁴³ *López Ribalda y otros v. España* (Demanda Núms. 1874/13 y 8567/13), sentencia de 17 de octubre de 2019.

⁴⁴ *López Ribalda y otros v. España* (demandas núm. 1874/13 y 8567/13) en [134].

⁴⁵ Véase la Opinión Disidente de los Magistrados de Gaetano, Yudkivska y Grozev en *López Ribalda y otros v. España*, (Apéndice núm. 1874/13 y 8567/13) a la 1].

⁴⁶ Voto disidente de los Jueces de Gaetano, Yudkivska y Grozev en *López Ribalda y otros v. España* (demandas núm. 1874/13 y 8567/13) en [4].

⁴⁷ Opinión disidente de los Jueces de Gaetano, Yudkivska y Grozev en *López Ribalda y otros v. España* (demandas núm. 1874/13 y 8567/13) en [5].

trabajo. En este caso, el Tribunal estimó la pretensión del primer demandante, teniendo en cuenta la discreción del símbolo religioso y la posterior flexibilidad de la empresa para ajustar su código de vestimenta y adaptarse al uso de joyería simbólica religiosa, lo que indica la ausencia de una injerencia real en los intereses del empleador⁴⁸. Con respecto al segundo demandante, sin embargo, el Tribunal aceptó la justificación de la prohibición del uso de símbolos religiosos, a saber, por razones de protección de la salud de la propia demandante⁴⁹.

En general, se puede deducir que el margen de apreciación en el sector privado es más estrecho que en el sector público.⁵⁰ En sus consideraciones sobre una injerencia justificada del artículo 9, el Tribunal ha mostrado especial sensibilidad a los principios de secularismo e igualdad⁵¹. En *Leyla Şahin v. Turquía*, el Tribunal determinó la facultad del Estado para "limitar la libertad de manifestar una religión, por ejemplo, llevando un pañuelo islámico, si el ejercicio de esa libertad choca con el objetivo de proteger los derechos y libertades de otros, el orden público y la seguridad pública"⁵². En la controvertida decisión *Dahlab v. Suiza*, el Tribunal otorgó un amplio margen de apreciación al Estado y, al ponderar los intereses en conflicto, aceptó el argumento del gobierno de que el uso de un pañuelo en la cabeza por una maestra de escuela primaria podría, en cierta medida, tener un efecto proselitista en los jóvenes estudiantes⁵³. Además, señaló que el pañuelo es "difícil de coherencia con el principio de igualdad de género" y que "el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, la igualdad y la no discriminación (...)"⁵⁴ podrían ser incompatibles con el uso de un pañuelo en la cabeza⁵⁵. La ponderación exigió evaluar hasta qué punto "las creencias religiosas se tuvieron plenamente en cuenta en relación con las exigencias de proteger los derechos y libertades de los demás y preservar el orden público y la seguridad"⁵⁶. *Dahlab*, por lo tanto, limita la protección de ciertos grupos religiosos en su expresión de la libertad religiosa, especialmente cuando se emplea en la esfera pública. En términos prácticos, esto puede conllevar la exclusión de ciertas minorías religiosas de los puestos de trabajo públicos.⁵⁷ Aparte de la consideración del Tribunal sobre la igualdad y la no

⁴⁸ Eweida y otros v. Reino Unido (2013) 57 E.H.R.R. 8 en [94] - [95].

⁴⁹ Eweida y otros v. Reino Unido (2013) 57 E.H.R.R. 8 en [98] - [100].

⁵⁰ Para contrastar Eweida y otros v. Reino Unido, véase *Kurtulus v. Turquía* (demanda núm. 65500/01), decisión de 24 de enero de 2006, investigaciones disciplinarias y represalias

⁵¹ Para una discusión detallada sobre la jurisprudencia a veces contradictoria del Tribunal, ver P. Pinto de Albuquerque y A. S. Katz, ¿"Es la Religión una amenaza para los Derechos Humanos? ¿O es al revés? », En R. Uerpman-Witzack, E. Lagrange y S. Oeter, *Religion and International Law* (Leiden / Boston Brill Nijhoff, 2018), páginas 277-293.

⁵² *Leyla Şahin v. Turquía* (2004) 44 E.H.R.R. 99 en [111], y *Refah Partisi (el Partido del Bienestar) y otros v. Turquía* (2003) 37 E.H.R.R. 1 en [92].

⁵³ *Leyla Şahin v. Turquía* (2004) 44 E.H.R.R. 99 en [111].

⁵⁴ *Dahlab v. Suiza* (demanda núm. 42393/98), decisión de 15 de febrero de 2001.

⁵⁵ Fuera del ámbito de las instituciones de aprendizaje, ver el caso *SAS v. Francia* (2015) 60 E.H.R.R. 11 en [121], [142] y [157], donde el Tribunal aceptó el argumento del gobierno francés de que "bajo ciertas condiciones, el respeto de los requisitos mínimos de la vida en sociedad" puede servir como un objetivo legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás y, por lo tanto, puede justificar la prohibición del uso del velo facial en el espacio público.

⁵⁶ *SAS v. Francia* (2015) 60 E.H.R.R. 11 en [121], [142] y [157].

⁵⁷ Esto fue criticado por varios autores debido a su efectiva exclusión de las mujeres que usan velo de interactuar con la sociedad, así como acceder a lugares de trabajo de dominio público. Véase E. Brems, "Face veil bans in the European Court of Human Rights: the important of empirical hallazgos" (2014) *Journal of Law and Policy* 540: "(...) en lugar de una mayor interacción social, el efecto de la prohibición en estas mujeres es un deterioro de su vida social, sus interacciones con la sociedad en general y su movilidad". J. Freedman, "Mujeres, Islam y derechos en Europa: más allá de una dicotomía universalista / culturalista" (2007) 33 (1) *Review of International Studies* 43: "(...) el apoyo a la prohibición del velo de las mujeres musulmanas puede en hecho causar un deservicio a estas mujeres, al impedir una de sus formas de expresión de identidad y rebelarse contra la discriminación, y al provocar su mayor exclusión de la sociedad y, por lo tanto, la negación de sus derechos sociales y económicos"; A. Abdelgadir y V Fouka, "Secularismo político e integración musulmana en Occidente: Evaluación de los efectos de la prohibición del velo francés, Documento de trabajo de la Universidad de Stanford, 2019, 29, <<https://vfouka.people.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj4871/f/abdelgadirfoukajan2019.pdf>>, [Consultado el 12 de

discriminación, el Tribunal también otorga un amplio margen de actuación al Estado en asuntos relacionados con la defensa del principio constitucional de laicismo en instituciones públicas de enseñanza.⁵⁸ Este principio, consagrado en las constituciones de Francia, Suiza y Turquía, amplía la restricción del uso de símbolos más allá de los empleados y los estudiantes.⁵⁹

El Tribunal atiende a la facultad del trabajador para concertar y extinguir libremente las relaciones laborales en la interpretación del artículo 9, como se evidencia en *Kontinnen v Finlandia*. En consecuencia, el despido por salir más pronto del trabajo debido a las creencias religiosas del demandante estaba justificado, ya que "el demandante era libre de renunciar a su puesto".⁶⁰ *Sessa Francesco v. Italia* igualmente falló a favor del Estado, ya que el demandante, un abogado y judío practicante, que había pedido a los tribunales italianos que aplazaran una audiencia judicial por de sus obligaciones religiosas, no se le prohibió manifestar libremente su fe, ni sufrió presión alguna para cambiar de religión o creencia, teniendo la posibilidad de delegar la representación de su cliente en otro compañero abogado⁶¹. Asimismo, el Tribunal concluyó que "aun suponiendo que existiera injerencia en el derecho del demandante en virtud del artículo 9 (1), el Tribunal considera que estaba prevista por la ley, estaba justificada en el fundamento de la protección de los derechos y libertades de los demás, y en particular en el derecho del público a la una adecuada administración de justicia y el principio de que los pleitos se resuelvan en un plazo razonable"⁶².

También se puso de manifiesto la renuencia del Tribunal a inmiscuirse en los despidos producidos en el seno de organizaciones religiosas en *Duda y Dudova v. la República Checa*. El Tribunal subrayó su incompetencia para pronunciarse sobre el despido de sacerdotes de sus cargos para no contravenir "los principios de autonomía e independencia de iglesias"⁶³. Este enfoque también se adoptó con respecto a la transferencia de párrocos, la decisión de colocar a un clérigo que gozaba de licencia para ausentarse y la de hacer imponer la jubilación anticipada de otro, y dar por terminado el servicio misional de dos oficiales⁶⁴. En *Siebenhaar v. Alemania*, el Tribunal se ocupó de casos similares a *Obst y Schuth*, salvo que tanto el demandante como el gobierno demandado reclamaron su derecho a ejercer su religión. El Tribunal aceptó el argumento de los tribunales nacionales de que el mantenimiento de la credibilidad por la iglesia protestante, junto con el riesgo de influir en los niños con principios contrarios a la iglesia protestante, pesaba más que el interés del individuo de no ser despedido por su membresía en otra institución eclesial.⁶⁵ El Tribunal, sin embargo, se inmiscuye en asuntos donde existe un motivo de despido, como una "política de intolerancia" hacia las creencias religiosas del empleado y sus afiliaciones, y cuando el demandante reúna las cualidades necesarias para cumplir con los deberes del puesto.⁶⁶

noviembre de 2019]: "Al eliminar este mecanismo de señalización, la prohibición del velo puede tener el efecto perverso de aumentar la religiosidad y disminuir la integración".

⁵⁸ Leyla Şahin v. Turquía (2004) 44 E.H.R.R. 99 en [116]; Véase también Dogru y Kervanci v. Francia (demandas núm. 27058/05, 31645/04) en [72].

⁵⁹ Ranjit Singh v. Francia (demanda núm. 27561/08), sentencia de 30 de junio de 2009

⁶⁰ Kontinnen v. Finlandia (demanda núm. 24950/94), decisión de 15 de mayo de 1996. La Comisión se basó en Kontinnen en su decisión de admisibilidad de Stedman v. Reino Unido (dec.) (1997) 23 E.H.R.R. CD168.

⁶¹ Sessa Francesco v. Italia (Demanda núm. 28790/08), sentencia de 3 de abril de 2012 en [37].

⁶² Sessa Francesco v. Italia (demanda núm. 28790/08) en [38].

⁶³ Dudova y Duda v. la República Checa (demanda núm. 40224/98), sentencia de 30 de enero de 2001.

⁶⁴ Véase Ahtinen v. Finlandia (demanda núm. 48907/99), sentencia de 23 de septiembre de 2008 en [41].

⁶⁵ Siebenhaar v. Alemania (demanda núm. 18136/02), sentencia de 3 de febrero de 2011 en [45] - [46].

⁶⁶ Ivanova v. Bulgaria (demanda núm. 52435/99), sentencia de 12 de abril de 2007 en [85].

I.IV Libertad de expresión de las personas trabajadoras.

En general, los trabajadores gozan de una amplia protección frente toda amenaza a su libertad de expresión. El Tribunal encontró un incumplimiento por parte del gobierno español de cumplir con su obligación positiva cuando el demandante fue despedido por expresar críticamente su opinión sobre su empleador, una televisión española.⁶⁷ Esta obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión contra la injerencia de personas, sin embargo, se sopesa con el deber del empleado de ser leal, reservado y discreto frente a sus o su empleador⁶⁸, un deber que se aplica tanto a las relaciones laborales públicas como privadas⁶⁹. En el caso de *Vogt v. Alemania*, planteado por un maestro de escuela que fue suspendido de la enseñanza debido a su militancia en el Partido Comunista Alemán, que supuestamente iba en contra del “deber de todo funcionario de defender el sistema democrático libre”⁷⁰, se abordó el tema de las opciones privadas y las convicciones. El Tribunal concluyó que al ser “profesor de alemán y francés en una escuela secundaria, un puesto que no implica intrínsecamente ningún riesgo para la seguridad”, se eleva el umbral para una injerencia aceptable en el derecho consagrado en los artículos 10 y 11 del Convenio, debido a la severidad de la sanción de despido, que supuso el menoscabo del honor, la pérdida de medios de subsistencia y la incapacidad para volver a trabajar en puestos similares⁷¹.

En contraste con esto, los casos de *Kosiek y Glasenapp v. Alemania* describieron un enfoque más restrictivo adoptado por el Tribunal al evaluar la denegación de empleo en el sector público a la luz de los derechos del Convenio. Ambos empleados habían tenido anteriormente nombramientos a prueba y, en consecuencia, se les negó la condición de servidores públicos permanentes. Finalmente fueron despedidos de su puesto temporal. Estos casos eran distintos de la sentencia *Vogt*, porque se referían al acceso a puestos del sector público, en contraste con el despido de un trabajador con mucha antigüedad, como fue el caso en *Vogt*⁷².

En el sector privado, el Tribunal consideró adecuado pronunciarse sobre una serie de casos relacionados con el despido derivado de la expresión por el demandante de opiniones contrarias al interés del empresario. En *De Diego Nafria v. España*, el Tribunal aceptó la imposición de medidas disciplinarias como reacción aceptable en virtud del artículo 10 (2) del Convenio, debido a las denuncias insultantes, graves e infundadas de irregularidades realizadas contra directores del Banco de España⁷³. El juez disidente Casadevall trazó paralelismos con el caso de *Fuentes Bobo v España* y señaló que las acusaciones también habían intentado arrojar luz sobre irregularidades en la conducta de altos cargos públicos del Banco. Además, los disidentes señalaron que el Banco de España, como institución pública, debe aceptar en mayor medida las críticas y la débil posición del empleado vis-à-vis el empleador también debe tenerse en cuenta⁷⁴. Asimismo, existe un verdadero interés público en la publicación de la declaración de impuestos de una gran corporación líder en el contexto de un debate sobre salarios,

⁶⁷ Fuentes Bobo v. España (demanda núm. 39293/98), sentencia de 27 de febrero de 2000 en [38].

⁶⁸ Marchenko v. Ucrania (demanda núm. 4063/04), 19 de febrero de 2009 en [45] y [46].

⁶⁹ Heinisch v. Alemania (2014) 58 E.H.R.R. 31 en [64].

⁷⁰ Vogt v. Alemania (1996) 21 E.H.R.R. 205 en [44].

⁷¹ Vogt v. Alemania (1996) 21 E.H.R.R. 205 en [60].

⁷² Kosiek v. Alemania (1987) 9 E.H.R.R. 328 en [38] y [39]. Véase también Glasenapp v. Alemania (1986) 9 E.H.R.R. 25 en [50] - [53].

⁷³ De Diego Nafria v. España (demanda núm. 46833/99), sentencia de 14 de marzo de 2002 en [40].

⁷⁴ Véase la Opinión Disidente del Juez Casadevall, junto con el Juez Zupancic en De Diego Nafria v. España (demanda núm. 46833/99) en [2].

transparencia y remuneración excesiva de las personas que dirigen grandes empresas⁷⁵. Estos casos establecen parámetros para determinar cuándo el Estado tiene una expectativa legítima de poder restringir la libertad de expresión. Los ataques personales que tengan un trasfondo ofensivo, intemperante, gratuito e innecesario no estarán protegidos por artículo 10⁷⁶.

Con respecto a los denunciantes (*whistle-blowers*), el Tribunal ha dejado claro que la denuncia de conductas ilegales o irregularidades en el lugar de trabajo deben protegerse. El Tribunal ha establecido seis requisitos relevantes que deben cumplirse para estar dentro del ámbito de protección del artículo 10 de la Convención:

- La divulgación debe corresponder a un fuerte interés público;⁷⁷
- No debe haber otros medios efectivos para remediar las irregularidades que el empleado tiene la intención de descubrir;
- El interés que el público pueda tener en esa información en particular debe ser tan fuerte en cuanto a anular un deber de sigilo legalmente impuesto;
- El daño, si lo hubiera, causado como resultado de la divulgación no debe superar el interés del público en que la información se revele.
- La divulgación no debe hacerse por motivos personales;⁷⁸ y, por último
- El denunciante debe haber actuado de buena fe y en la creencia de que la información era cierta y que era de interés público revelarla⁷⁹.

14

En una sentencia de 2008, el Tribunal falló por unanimidad la existencia de vulneración del artículo 10 del Convenio tras el despido del Jefe del Departamento de Prensa de la Fiscalía General de Moldavia, después de distribuir dos cartas a un periódico que previamente habían sido enviadas a la Fiscalía General. El Tribunal determinó que la falta de regulación legislativa sobre la denuncia de irregularidades por empleados, así como la continua mala conducta de los funcionarios justificaron la denuncia externa realizada por el denunciante⁸⁰. En *Matuz v. Hungría*, el Tribunal también estimó la existencia de una violación de dicho artículo tras el despido de un periodista por publicar un libro criticando a su empleador por presunta censura. El Tribunal enfatizó el papel de los periodistas en una sociedad democrática y su deber de fomentar el debate público. A pesar del acuerdo de confidencialidad entre el empleador y el empleado, esto no pudo haber limitado al demandante para difundir ideas e información, habida cuenta en especial del peso del interés público en recibir información sobre los conocimientos del empleado⁸¹. Por último, me gustaría mencionar el caso de *Heinisch v. Alemania*, que estableció que los principios establecidos en *Guja v. Moldavia*, en relación con los empleados del sector público, eran igualmente aplicables al sector privado.

⁷⁵ *Fressoz y Roire v. Francia* (1999) 31 E.H.R.R. 28.

⁷⁶ *Aguilera Jiménez y otros v. España* (demandas núm. 28389/06 y otros), sentencia de 8 de diciembre de 2009 en [28] - [30], y *Palomo Sánchez y Otros v. España [GC]* (demandas núm. 28955/06 y otros), sentencia de 12 de septiembre de 2011, en la que la Gran Sala se refirió a la decisión anterior en *Aguilera Jiménez* y de igual manera no encontró violación del artículo 10, aunque discrepó con el Gobierno de que el asunto no tenía interés público. En cambio, reiteró su postura restrictiva sobre las manifestaciones gratuitas y groseramente insultantes del derecho a la libertad de expresión y declaró que tales graves malas conductas no estarían protegidas por el artículo 10 de la Convención.

⁷⁷ Véase *Guja v. Moldova* (demanda núm. 14277/04), sentencia de 12 de febrero de 2008 en [88].

⁷⁸ Véase *Langner v. Alemania* (demanda núm. 14464/11), sentencia de 17 de septiembre de 2015 en [47], en la que el Tribunal consideró que la motivación se basaba sobre la animosidad personal y no el interés de contribuir a un debate público significativo.

⁷⁹ Véase *Heinisch v. Alemania* (2014) 58 E.H.R.R. 31 donde el Tribunal tomó en cuenta la vulnerabilidad de los pacientes que habían sido desatendidos mientras el público había sido ajeno a este hecho. Esto demuestra un caso sólido a favor del interés público en la divulgación de información que de otro modo sería confidencial.

⁸⁰ *Guja v. Moldova* (demanda núm. 14277/04) en [81] - [82].

⁸¹ *Matuz v. Hungría* (demanda núm. 73571/10) en [38] - [39].

II. Derechos de los Trabajadores/as Migrantes

A continuación, me gustaría discutir la forma en que los derechos de los trabajadores migrantes se protegen por el Convenio. Me vienen fácilmente a la mente unos pocos casos idóneos para demostrar la aptitud del Convenio para defender los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes. El primer caso es el de *Rantsev v. Chipre y Rusia*. El Tribunal amplió el alcance del Convenio en relación a las normas jurídicas internacionales y los principios del *soft-law*⁸². Al hacerlo así, fue capaz de aplicar el Convenio “en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte”⁸³ ayudando efectivamente en la identificación de la situación del caso, precisamente la de una víctima de trata que había muerto debido a un fallo procesal para protegerla frente a los peligros del negocio de la trata de personas. Como consecuencia, el Tribunal pudo coincidir unánimemente en el hecho de que la trata de personas, aunque no expresamente mencionada, cae dentro ámbito del artículo 4 del Convenio. Antes de esta novedad, el Tribunal, sólo en una ocasión, se había ocupado de cuestiones de trata de personas con el Convenio, concretamente en *Siliadin v. Francia*⁸⁴. Aquí, también, el Convenio se basó en las conclusiones de la Asamblea Parlamentaria, que indicó que “Los esclavos de hoy son predominantemente mujeres y generalmente trabajan en hogares, comenzando como trabajadoras domésticas migrantes ...”⁸⁵ Por otra parte, el Tribunal reiteró que, dado que “el Convenio no definió los términos servidumbre o “trabajo forzoso u obligatorio”, debería hacerse referencia a los convenios internacionales pertinentes en este campo para determinar el significado de tales conceptos (...)”⁸⁶.

15

Un caso que reconoció de manera similar los derechos de los trabajadores migrantes al aplicar los principios del *soft-law* fue el caso *Chowdhury y otros v. Grecia*. El tiroteo a los trabajadores migrantes que se declararon en huelga para recibir sus salarios vencidos en una finca de fresas y la consiguiente absolución de los imputados ante los tribunales de Grecia representarían una flagrante e inaceptable falta de protección para los trabajadores migrantes. Más en concreto, el Tribunal estableció los requisitos en virtud del artículo 4 del Convenio, que incluían tanto medidas preventivas como medidas de protección: “Los Estados deben, en primer lugar, asumir la responsabilidad de establecer un marco administrativo que brinde una protección real y efectiva de los derechos de las víctimas de trata. Además, la ley de inmigración nacional de los Estados debe responder a las preocupaciones sobre la incitación o complicidad para la trata de personas o la tolerancia frente a la misma... en determinadas circunstancias, el Estado tendrá la obligación de tomar medidas operativas para proteger a las víctimas reales o potenciales de trata contraria al artículo 4.”⁸⁷

En *J. y otros v. Austria*, el Tribunal aplicó un enfoque más restrictivo y concluyó que el gobierno no tenía la obligación de investigar el reclutamiento de los solicitantes y la supuesta explotación que ocurrió fuera del territorio austríaco⁸⁸. El Tribunal observó favorablemente la actuación de las autoridades nacionales, a saber, concertar

⁸² Para una crítica sobre la ampliación del alcance del artículo 4 de la Convención, véase J. Allain, ‘Rantsev v. Cyprus and Russia: the European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery’ (2010) 10 (3) E.H.R.R.4 555.

⁸³Rantsev v. Chipre y Rusia (2010) 51 E.H.R.R. 1 en [274].

⁸⁴ Siliadin v. Francia (2006) 43 E.H.R.R. 16.

⁸⁵ Siliadin v. Francia (2006) 43 E.H.R.R. 16 en [88].

⁸⁶ Siliadin v. Francia (2006) 43 E.H.R.R. 16 en [91].

⁸⁷ Chowdhury y otros v. Grecia (demanda núm. 21884/15), sentencia de 30 de marzo de 2017 en [87] - [88].

⁸⁸ J. y otros v. Austria (demanda núm. 5821612), sentencia de 17 de enero de 2017 en [114]. Al llegar a esta conclusión, el Tribunal citó el Protocolo de Palermo y la Convención contra la Trata, que limitan la jurisdicción a “cualquier delito de trata cometido en su propio territorio, o por o contra uno de sus nacionales (...)”

entrevistas con agentes de policía especialmente formados en trata y regularizar la situación de los demandantes en Austria⁸⁹. Concluyó que “a los efectos del artículo 4 del Convenio, fue primordial que las reclamaciones de los demandantes en su conjunto se tomaran en serio y que el marco legal aplicable se aplicase (...)”⁹⁰.

III.- Derechos de los Sindicatos

El tercer ámbito que ejemplifica la inclusión de los derechos laborales en el Convenio es el de la protección colectiva de las personas trabajadoras. La dimensión colectiva se basa en gran medida en el artículo 11 del Convenio, a saber, el derecho a la libertad sindical. Según *Demir y Baykara*, incluye “el derecho a constituir y afiliarse a un sindicato (véase, como doctrina reciente, *Tüm Haber Sen y Çınar ...*), la prohibición de los acuerdos de taller cerrado (ver, por ejemplo, *Sørensen y Rasmussen...*) y el derecho de un sindicato a tratar de persuadir al empleador de que escuche lo que tiene que decir en nombre de sus miembros (*Wilson, National Union of Journalists y Otros ...*)”⁹¹. Además, la lista no exhaustiva incluye el derecho a no afiliarse a un sindicato,⁹² y el derecho de los sindicatos para “elaborar sus propias reglas y administrar sus propios asuntos”⁹³.

La dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores se enfrenta a un escrutinio particularmente riguroso por parte de los tribunales nacionales e internacionales. Ello se debe en parte al hecho de que los sindicatos son capaces de ejercer una presión considerable sobre los empleadores, lo que les permite forzar el cambio. En ciertos casos, el Tribunal ha mostrado su voluntad de tolerar infracciones del derecho previsto en el ámbito del artículo 11, en favor de justificaciones legítimas proporcionadas por las autoridades nacionales. Esto, a su vez, ha dado lugar a una "bolsa de bienes mezclados". La jurisprudencia del Tribunal exhibe características tanto progresivas como restrictivas, fenómeno que O'Connell describió como un "movimiento de balancín"⁹⁴. Esto ha llevado a la incertidumbre sobre el enfoque adecuado que debe adoptar el Tribunal. Lo que ha surgido, sin embargo, es que el artículo 11 no solo es aplicable a personas o asociaciones con opiniones favorables o inofensivas, sino que, de manera similar a los requisitos del artículo 10, también brinda protección a las personas o asociaciones cuyas opiniones ofenden, conmocionan o perturban⁹⁵.

Análogamente los Estados deben asegurar que el sistema judicial interno es capaz de garantizar una protección real y efectiva frente a la discriminación por motivos de afiliación sindical⁹⁶. En *Danilenkov y otros v. Rusia*, por ejemplo, miembros del Sindicato

⁸⁹ J. y otros v. Austria (demanda núm. 5821612) en [110]

⁹⁰ J. y otros v. Austria (demanda núm. 5821612) en [111].

⁹¹ *Demir y Baykara v. Turquía* (2009) 48 E.H.R.R. 54 en [145]; Véase también *Enerji Yapi-Yol Sen v4. Turquía* (demanda núm. 68959/01), sentencia de 21 de abril 2009 en [24], [31] - [32].

⁹² *Sorensen y Rasmussen v. Dinamarca* (demandas núm. 52562/99 y 52620/99), sentencia de 11 de enero de 2006 en [73]; Contraste con *Ahmed y otros v. Reino Unido* (demanda núm. 22954/93), sentencia de 2 de septiembre de 1998 en [53] y [63], en la que la restricción del artículo 11 de la Convención se considera apropiada para mantener la neutralidad política de los altos funcionarios del gobierno local. Por tanto, una prohibición absoluta de los sindicatos no tiene amparo en el art.11, pero pueden aplicarse restricciones, entre otras cosas, para el mantenimiento de la imparcialidad política.

⁹³ *Sociedad Asociada de Ingenieros de Locomotoras y Bomberos (Aslef) v. Reino Unido* (demanda núm. 11002/05), sentencia de 27 de febrero de 2007 en [38].

⁹⁴ Rory O'Connell, "Jueces del mundo unidos? Aspectos colectivos del derecho al trabajo en los sistemas regionales de derechos humanos", en Buckley y otros, "Hacia la convergencia en el derecho internacional de los derechos humanos" (Leiden: Brill, 2016), 223.

⁹⁵ *Redfearn v. Reino Unido* (2013) 57 E.H.R.R. 2 en [56]; *Vona v. Hungría*, (Demanda núm. 35943/10), sentencia de 9 de julio de 2013 en [57].

⁹⁶ *Danilenkov y otros v. Rusia* (demanda núm. 67336/01), sentencia de 30 de julio de 2009 en [124] y [136].

de Estibadores de Rusia, que eran empleados de una empresa, realizaron una huelga infructuosa y, como resultado, fueron despedidos de conformidad con una reorganización de la empresa. Dado que los demandantes no pudieron entablar acciones a través de tribunales nacionales, el Tribunal destacó la importancia de la no discriminación en razón de afiliación sindical y de la facultad de entablar acciones legales.⁹⁷

Antes de mencionar los casos que han demostrado un aumento de la presión sobre los derechos colectivos sindicales, me gustaría destacar algunos de los casos históricos, que revolucionaron los derechos de los trabajadores y han permitido el auto-empoderamiento de la parte más débil en una relación laboral.

Un ejemplo paradigmático del enfoque progresista es el caso de *Demir y Baykara v. Turquía*. El presidente y un miembro del sindicato Tùm Bel Sen se habían quejado sin éxito frente al incumplimiento de un convenio colectivo de dos años por parte del empleador porque el sindicato “no tenía autoridad para entrar en los convenios colectivos tal como está en la ley⁹⁸”. A falta de un enfoque coherente y unificado de los Estados miembros europeos, el Tribunal “puede y debe tomar en consideración elementos del derecho internacional distintos del Convenio, la interpretación de tales elementos por los órganos competentes, y la práctica de los Estados que refleje sus valores comunes. El consenso que surge de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados Contratantes puede constituir una consideración relevante para el Tribunal cuando interpreta las disposiciones del Convenio en casos específicos⁹⁹”. El Tribunal alcanzó la conclusión unánime de que se había violado el artículo 11 “a causa de la injerencia en el derecho de los demandantes, como funcionarios municipales, a formar un sindicato (...)” y “con motivo de la nulidad *ex tunc* del convenio colectivo celebrado por el sindicato del demandante después de una negociación colectiva con la autoridad”¹⁰⁰.

Demir y Baykara tuvieron un impacto decisivo en una serie de casos, donde se puede constatar que un enfoque favorable a los derechos sociales y un enfoque de derecho internacional y comparado fueron efectivamente utilizados para avanzar en una dirección progresista la jurisprudencia del Tribunal¹⁰¹. En esencia, “el Tribunal ha abierto la puerta a una dimensión más social, revirtiendo su jurisprudencia anterior (muy restrictiva)”¹⁰². Este alcance ampliado desarrollado bajo la jurisprudencia en materia de derechos sindicales conduce a efectos tanto horizontales como verticales, “con implicaciones para los tribunales nacionales en los casos relacionados con la limitación del derecho de huelga derivados del principio de proporcionalidad ”¹⁰³. De acuerdo con esta

⁹⁷ Danilenkov y otros v. Rusia (demanda núm. 67336/01) en [130].

⁹⁸ Demir y Baykara v. Turquía (2009) 48 E.H.R.R. 54 en [19].

⁹⁹ Demir y Baykara v. Turquía (2009) 48 E.H.R.R. 54 en [85].

¹⁰⁰ Demir y Baykara v. Turquía (2009) 48 E.H.R.R. 54 en [169] y [183].

¹⁰¹ Véase, inter alia, N.K.M.v. Hungría (2016) 62 E.H.R.R. 33 en [20] - [21]; Gáll v. Hungría (demanda núm. 49570/11), sentencia de 25 de junio de 2013 en [20], y R.SZ v. Hungría (demanda núm. 41838/11), sentencia de 2 de julio de 2013 en [19].

¹⁰² F. Dorssemont, K. Loercher e I. Schömann, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Relaciones Laborales* (Londres: Bloomsbury Editorial, 2013), página 418.

¹⁰³ Julia Lopez Lopez, *Collective Bargaining and Collective Action: Labor Agency* (Londres: Bloomsbury Publishing, 2019), p. 47. Para más comentarios sobre el impacto de la decisión en Demir y Baykara, véase K. D. Ewing y J. Hendy, “The Dramatic Implications of Demir and Baykara” 7 (2010) 39 (1) *Industrial Law Journal* 41, donde señala que “es una decisión en la que los derechos sociales y económicos se han fusionado permanentemente con los derechos civiles y derechos políticos, en un proceso que potencialmente es nada menos que una socialización de los derechos civiles y políticos”; y C. Barrow, “Demir y Baykara c. Turquía: Dar vida al artículo 11”, (2010) *Revista europea de derechos humanos* 419.

interpretación amplia de los derechos sindicales conforme a los derechos del Convenio, y reconociendo la importancia vital de los derechos laborales colectivos, el Tribunal apreció una violación del artículo 11 del Convenio en *Hrvatski Lijecnicki Sindikat v. Croacia*, afirmando que “en ausencia de circunstancias excepcionales, al Tribunal le resulta difícil aceptar que la defensa del principio de paridad en la negociación colectiva sea un objetivo (...) capaz de justificar privar a un sindicato durante tres años y ocho meses del instrumento más potente para proteger los intereses ocupacionales de sus miembros”¹⁰⁴.

A pesar de estas ideas sobre las tendencias progresistas de derechos sociales del Tribunal, éste exhibió simultáneamente tendencias regresivas, que efectivamente contrarrestaron algunos de los logros de la mencionada jurisprudencia. Un ejemplo de ello es *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v Reino Unido*, en el que la prohibición del Reino Unido de la huelga de solidaridad durante más de dos décadas obtuvo respuestas críticas de la Comisión de Expertos de la OIT, así como de la ECSR¹⁰⁵. El Tribunal tuvo en cuenta el derecho comparado y señaló que “la huelga de solidaridad está protegida o permitida, sujeta a diversas restricciones y condiciones, en la gran mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.”¹⁰⁶ Al examinar el caso, el Tribunal también reconoció la existencia de derecho internacional relevante y las interpretaciones de los instrumentos conectados a él. Su conclusión, sin embargo, reflejó una dependencia demasiado amplia del margen de apreciación de las autoridades. Se llegó a esta conclusión a pesar de que el Tribunal se dio cuenta de que la prohibición absoluta del Reino Unido de la acción sindical solidaria refleja la forma más restrictiva de enfoques regulatorios¹⁰⁷. El Tribunal señaló el estrecho vínculo del demandante con la doctrina de *Demir y Baykara*, en el sentido de que existe un margen estrecho con respecto a las autoridades nacionales para restringir la libertad sindical, pero se distanció de esta línea de razonamiento al señalar que *Demir y Baykara* se refiriera a una injerencia de mayor alcance en la libertad sindical, a saber, la disolución de un sindicato¹⁰⁸. El Tribunal afirmó que “si no es el núcleo sino un aspecto secundario o accesorio de la actividad sindical lo que se ve afectado, el margen es más amplio y la injerencia, por su naturaleza, es más probable que sea proporcional en cuanto a sus consecuencias para el ejercicio de la libertad sindical¹⁰⁹”. El gran alcance de la injerencia y el efecto de esta prohibición en las huelgas de solidaridad que efectivamente redujeron al mínimo la capacidad sindical para proteger los intereses de sus afiliados, no fueron tenidas en cuenta. Además, el Tribunal se distanció de las conclusiones de los órganos internacionales cuya tarea era interpretar los respectivos instrumentos internacionales¹¹⁰.

Estos criterios van en contra de la jurisprudencia desarrollada previamente, que tuvo en cuenta que en una sociedad democrática, el último medio práctico para persuadir al empleador de que escuche las demandas de los trabajadores es obviamente una acción de huelga. El resultado de este reciente caso, realmente representa un revés para los derechos de los sindicatos y solo fortalece a la parte más fuerte en la mesa de negociación: los empleadores, que terminan beneficiándose del amplio margen de apreciación, establecido por las autoridades nacionales en el ámbito de la economía y

¹⁰⁴ *Hrvatski Lijecnicki Sindikat v. Croacia* (demanda núm. 36701/09), sentencia de 27 de noviembre de 2014 en [59].

¹⁰⁵ *Sindicato Nacional de Trabajadores del Transporte Ferroviario, Marítimo y del Transporte v. Reino Unido* (2015) 60 E.H.R.R. 10 en [31] - [37].

¹⁰⁶ (2015) 60 E.H.R.R. 10 en [38].

¹⁰⁷ (2015) 60 E.H.R.R. 10 en [91].

¹⁰⁸ (2015) 60 E.H.R.R. 10 en [86].

¹⁰⁹ (2015) 60 E.H.R.R. 10 en [87].

¹¹⁰ (2015) 60 E.H.R.R. 10 en [98].

política social. El efecto de esta tendencia regresiva también se verá en el tema final, a saber, la cuestión de las medidas de austeridad.

IV. Medidas de austeridad y derechos de los trabajadores

En los últimos años se ha visto un aumento en el número de demandas relacionadas con los efectos de las medidas de austeridad aprobadas por los gobiernos a través de programas de ajuste estructural, incluida la subida de impuestos y los recortes en programas de bienestar público. Las medidas de austeridad han empañado considerablemente la imagen loable del Tribunal como “fortaleza de protección de los derechos socioeconómicos”¹¹¹. Las medidas de austeridad no sólo debilitan potencialmente la protección de los derechos del Convenio, sino que también pueden afectar y por lo tanto empeorar la calidad de la protección de los miembros más débiles de la sociedad.¹¹²

El Tribunal ha intentado establecer límites que indiquen que ciertos derechos no pueden ignorarse, independientemente de la existencia de dificultades económicas a través de una crisis financiera nacional o incluso mundial.¹¹³ Sin embargo, algunas de las decisiones recientes del Tribunal no dibujan un escenario particularmente brillante de la voluntad del Tribunal de incorporar la consideración de los derechos sociales en la Convención. Deseo resaltar por qué, especialmente en tiempos de crisis, es imperativo que el Tribunal sea consciente de su papel de defender los derechos de la Convención, incluida su dimensión social establecida en dicha Convención.

El Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre los efectos de la deuda externa y otras obligaciones financieras de los Estados en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular en los derechos económicos, sociales y culturales, destacó la indivisibilidad de los derechos humanos e indicó cómo las medidas de austeridad no son sólo potencialmente perjudiciales para la protección de los derechos económicos y sociales, sino que además, puede influir en los derechos civiles y políticos: “Los recortes presupuestarios a los servicios públicos (...) pueden resultar en una falta de garantía de los derechos civiles a un juicio justo, a la vida familiar, a la no discriminación, a no ser sometido a torturas ni a sufrir actos crueles, inhumanos y trato degradante, o incluso el derecho a la vida”¹¹⁴.

¹¹¹ A. Baraggia, M. E. Gennusa, “¿Protección de los derechos sociales en Europa en tiempos de crisis? Una historia de dos ciudades” (2017) 11 (4) *Revista de Viena sobre Derecho Constitucional Internacional* 479.

¹¹² Véase N. Lusiani y S. Chaparro, “Evaluación de la austeridad: seguimiento de los impactos de la consolidación fiscal en los derechos humanos” (2018) *Center for Economic and Social Rights* 20: “el objetivo final de cualquier medida fiscal, ya sea expansiva o contractiva, debe ser la realización de los derechos humanos”.

¹¹³ Véase, inter alia, *Nencheva y otros v. Bulgaria* (demanda núm. 48609/06), sentencia de 18 de junio de 2013 en [117], relativa a la muerte de 15 niños en un hogar de ancianos en el contexto de una crisis económica y la consiguiente privación de las necesidades básicas de supervivencia.

¹¹⁴ Se señaló además que los Estados deben “guiarse por los derechos humanos internacionales existentes (...) que incluyen tratados de derechos humanos, así como su interpretación autorizada en comentarios generales, declaraciones, cartas abiertas, decisiones, observaciones finales y recomendaciones emitidas por los órganos de vigilancia de los tratados”. Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Principios rectores sobre la evaluación del impacto en los derechos humanos de reformas económicas - Informe del Experto Independiente sobre los efectos de la deuda externa y otras obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados sobre el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, A / HRC / 40/57, 19 de diciembre de 2018, Principio 5; ver también el Estudio de viabilidad del Consejo de Europa sobre el impacto de la crisis económica y la austeridad Medidas de Derechos Humanos en Europa, adoptadas por el Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) el 11 de diciembre de 2015, párrafo 20.

Estas conclusiones están en línea con los casos que han surgido ante el Tribunal como resultado de las medidas austeridad. El caso *Koufaki y ADEDY v. Grecia* se refería al recorte indiscriminado del 20% de los salarios y pensiones para los empleados del sector público¹¹⁵. El Tribunal falló a favor del Gobierno demandado y argumentó que Grecia había actuado dentro de los límites del margen de apreciación¹¹⁶. Resolvió que la reducción del salario del primer demandante no consistió en una medida draconiana que le situase en circunstancias por debajo de un nivel de subsistencia generalmente aceptado¹¹⁷. Observando la “existencia de una crisis sin precedentes en la historia griega”¹¹⁸, aceptó que se había producido una injerencia en el artículo 1 del Protocolo 1, pero que estaba justificada por la ponderación correcta del interés público frente a los demandantes.

Pervou criticó el punto de vista del Tribunal al afirmar que “como tribunal de derechos humanos, el TEDH debería haber utilizado el contenido del derecho como punto de partida, y luego evaluar el alcance de la injerencia. Después de todo, la injerencia debería ser la excepción, mientras que la protección de los derechos humanos es la regla en el sistema del CEDH”.¹¹⁹ También es lamentable que el Tribunal no haya tenido en cuenta las conclusiones de otros organismos internacionales. Previamente, el Comité Europeo de Derechos Sociales evaluó las medidas de austeridad adoptadas por Grecia e identificó la infracción de derechos resultante del “efecto acumulativo de las medidas restrictivas y los procedimientos adoptados para ponerlas en práctica”.¹²⁰ La decisión en *Koufaki*, por lo tanto, se logró enfatizando el margen de apreciación de los Estados parte y la importante relevancia del interés público. Este énfasis ignora la onerosa infracción del derecho de propiedad del individuo en virtud del artículo 1 del Protocolo 1, y además pasa por alto las directrices jurisprudenciales internacionales que podrían haber ayudado a evaluar el impacto de las medidas. Loercher señaló además la ausencia de consideración con respecto a otras decisiones constitucionales nacionales dentro de Europa¹²¹. El enfoque del Tribunal, esencialmente va en contra de *Demir y Baykara* y debilita la protección del Convenio. Análogamente, *Giavi v. Grecia*¹²² es indicativo de una tendencia regresiva en la conciencia del Tribunal de la naturaleza inescindiblemente entrelazada de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

En contraste con la *carta blanca* que se otorgó en *Koufaki*, la decisión en *da Silva Carvalho Rico v Portugal* ofreció un enfoque más matizado hacia la implementación de medidas de austeridad. A pesar de que el Tribunal finalmente declaró inadmisibles las demandas, analizó cuidadosamente los efectos de las medidas de austeridad, y además fijó dos requisitos importantes que habían sido cumplidos por el gobierno portugués.

En primer lugar, a diferencia de *Koufaki*, las medidas restrictivas se produjeron como medida temporal. En segundo lugar, las medidas de austeridad no se habían aplicado de manera uniforme, lo que habría supuesto una mayor carga de forma desproporcionada para la población más pobre. Además, el Tribunal Constitucional

¹¹⁵ *Koufaki y ADEDY v. Grecia* (demandas núm. 57665/12 y 57657/12), decisión de 7 de mayo de 2013 en [20].

¹¹⁶ *Koufaki y ADEDY v. Grecia* (demandas núm. 57665/12 y 57657/12) en [31].

¹¹⁷ *Kjartan Asmundsson v. Islandia* (demanda núm. 60669/00), sentencia de 12 de octubre de 2004 en [45]. Los recortes en las pensiones podrían estar justificados si representaran una “reducción razonable y proporcional en el lugar de la privación total de sus derechos”.

¹¹⁸ *Kjartan Asmundsson v. Islandia* (demanda núm. 60669/00) en [37].

¹¹⁹ I. Pervou, “Derechos humanos en tiempos de crisis: los casos griegos ante el TEDH o la polarización de una sociedad democrática” (2016) 5 (1) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 113, 119-120.

¹²⁰ Véase Comité Europeo de Derechos Sociales, *Unión de Pensionistas del Banco Agrícola de Grecia (ATE) v. Grecia* (demanda núm. 80/2012), decisión de 24 de septiembre de 2012 en [78].

¹²¹ Véase K. Loercher, “EGMR prüft drastische Sparmaßnahmen”, <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-newsletter/europaeisches-arbeitsrecht/2013/newsletter-022013.html>. [Consultado el 20 de noviembre de 2019].

¹²² *Giavi v. Grecia* (demanda núm. 25816/2009), sentencia de 3 de octubre de 2013 en [43], relativa a la reducción de los complementos salariales y las bonificaciones.

portugués se basó en la incorporación del concepto alemán de "condición de lo posible", conocido en alemán como *Vorbehalt des Möglichen*,¹²³ que, a su vez, sustenta el principio de proporcionalidad¹²⁴. En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales se cumplen dentro de la "condición de lo posible", y por lo tanto de acuerdo con la disponibilidad económica de recursos. El principio se basa en la premisa de que el Estado no siempre está estrictamente bajo el mismo deber para proteger los derechos sociales, ya que este deber estará influenciado por el contexto general de la estructura presupuestaria del estado del bienestar. Además, el principio restringe la vulneración de los derechos sociales al estipular que el contenido esencial del derecho social no está en venta. En consecuencia, incluso en tiempos de crisis, una protección mínima de los derechos sociales debe garantizarse y los principios de igualdad y dignidad humana deben permanecer intactos. El Tribunal ha reconocido esto al evaluar si las restricciones terminarían en "una privación total de derechos resultando en la pérdida de medios de subsistencia"¹²⁵. En *Da Silva Carvalho Rico*, este nivel no se alcanzó y el Tribunal concluyó que en momentos de crisis financiera extrema, como era el caso en Portugal en ese momento, las medidas para reducir el monto de la pensión se basaron en intereses públicos legítimos¹²⁶.

La evaluación matizada del Tribunal de las medidas de austeridad proporcionadas se desarrolló con más detalle en *N.K.M. v. Hungría*¹²⁷. La demandante, una funcionaria pública fija, tuvo que hacer frente a un impuesto del 98% sobre su indemnización por despido debido a un reglamento novedoso que se había implementado poco antes de dicho despido. El Tribunal reconoció la "privación sustancial de ingresos" sufrida por la demandante, lo que constituyó una "privación excesiva y una carga individual por parte de la demandante"¹²⁸. En consecuencia, el Tribunal estableció que los trabajadores deben ser protegidos frente al despido y, por lo tanto, el Estado no tiene un margen ilimitado para gravar la compensación de trabajadores por la extinción de su contrato, incluso en tiempos de crisis. El Tribunal expresó acertadamente que "subsisten serias dudas sobre si las justificaciones generales son de aplicación a la demandante, porque no podría hacérsela responsable de los problemas fiscales que el Estado pretendía remediar"¹²⁹. Este caso, junto con el caso de *R.SZ v. Hungría*¹³⁰, destaca porque el Tribunal ha tenido en cuenta una dimensión social del derecho a la propiedad y confirma que el derecho a la propiedad es determinante en la protección de los derechos de los trabajadores, particularmente en el desafortunado caso de despido. Al abordar las medidas de austeridad, el Tribunal ha tratado, hasta cierto punto, de arrojar algo de luz sobre su proceso de razonamiento cuando se trata de infracciones de derechos en situaciones de crisis. Es más probable que la tributación progresiva de los hogares de mayores ingresos cumpla con el principio de proporcionalidad¹³¹ mientras que las medidas socialmente "ciegas", que se dirigen efectivamente a todos los ciudadanos como si estuvieran todos en la misma situación financiera, no se acepte que se encuentre dentro del margen de apreciación de un Estado.

¹²³ Ver, por ejemplo, BVerfGE 43, 291 (314f); 33, 3

¹²⁴ *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal* (demanda núm. 13341/14), sentencia de 1 de septiembre de 2015 en [21].

¹²⁵ *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal* (demanda núm. 13341/14) en [42].

¹²⁶ *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal* (demanda núm. 13341/14) en [40].

¹²⁷ *N.K.M. v. Hungría* (2016) 62 E.H.R.R. 33 en [40].

¹²⁸ *N.K.M. v. Hungría* (2016) 62 E.H.R.R. 33 en [70] y [72].

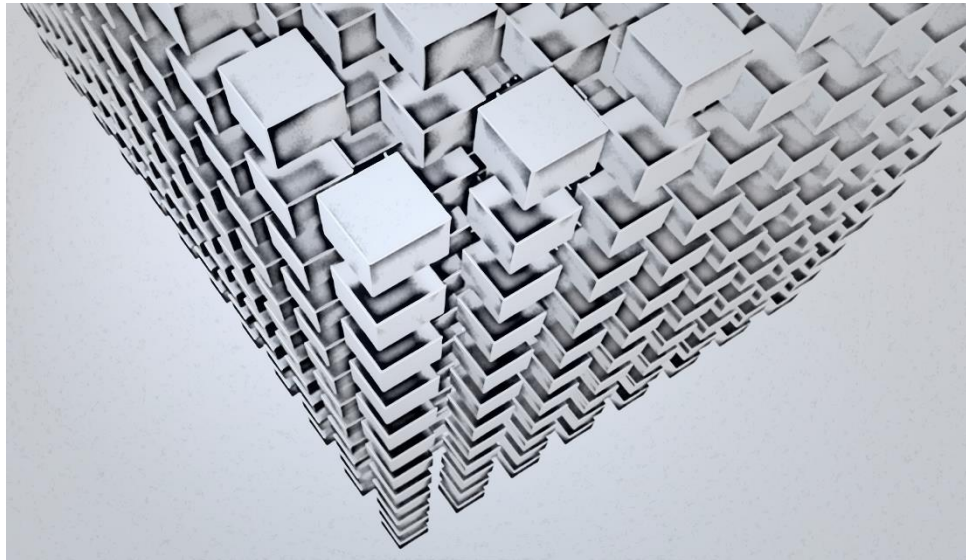
¹²⁹ *N.K.M. v. Hungría* (2016) 62 E.H.R.R. 33 en [59].

¹³⁰ *R.Sz. v. Hungría* (demanda Nº 41838/11) en [31] - [34].

¹³¹ *Mateus y otros v. Portugal* (demanda Nº 62235/12 y 57725/12), decisión de 8 de octubre de 2013 en [29]; *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal* (demanda núm. 13341/14).

V. Conclusión: tendencias regresivas en la jurisprudencia del Tribunal y el camino a seguir

La tendencia regresiva de la jurisprudencia del Tribunal es notable, pero no imparable. *Demir y Baykara v. Turquía*, *Konstantin Markin v. Rusia* y *Barbulescu v. Rumania* representan tres casos históricos que han contribuido significativamente a la dimensión social de los derechos de los trabajadores en el Convenio. Siguiendo con estos casos históricos, la jurisprudencia del Tribunal no ha sido lineal y se han deslizado elementos regresivos en varios casos, especialmente en el ámbito de los derechos sindicales y las medidas de austeridad. En general, cabe señalar que cuando el Tribunal aplica un enfoque armónico e integrado a la interpretación de un derecho del Convenio y toma en consideración los estándares actuales de los tratados internacionales, así como las tendencias europeas, estará a la altura del desafío de defender los derechos del Convenio, especialmente en tiempos de agitación teñidos de malestar social y económico. Alexy afirma con bastante razón: “es precisamente en tiempos de crisis que incluso me parece indispensable una protección constitucional mínima de los derechos sociales”¹³².



¹³² R. Alexy, *Una teoría de los derechos constitucionales* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 344.