

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA LABORAL

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Derechos fundamentales; derechos laborales esenciales; pluralismo constitucional; procesal

A partir de un panorama ciertamente limitado que se describe en el arranque del presente estudio, importantes cambios jurídicos y aplicativos han permitido que la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya ido extendiendo considerablemente en materia laboral y social. Sólo estos cambios explican que se hayan dictado en los últimos años importantes sentencias en materia laboral, que necesariamente están reforzando el diálogo con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en nuestro país, sin desconocer el necesario impacto que ha de tener igualmente sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un desarrollo cada vez más rico de lo que se ha venido en denominar el pluralismo constitucional.

Destacan especialmente cambios como el reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos recogidos en el Convenio, el contenido material de los derechos desde la perspectiva laboral, la asimilación de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Comité de libertad sindical y de expertos de la OIT, la eficacia de cosa interpretada y de cosa juzgada de la sentencia, la ampliación de los sujetos legitimados para interponer el recurso, la virtualidad de imponer sanciones económicas para atender equitativamente al daño ya causado por la lesión del derecho fundamental.

Quedan todavía tareas pendientes por abordar, como el perfeccionamiento de las reglas de procesales, la adhesión por parte de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, así como la ratificación por parte de España del Protocolo XVI del Convenio que abriría paso a procedimientos de consulta.

ABSTRACT

Key Words: fundamental rights; essential labour rights; constitutional pluralism; procedural

Important legal changes have allowed the influence of the jurisprudence of the European Court of human rights has been spreading considerably in labour and social matters. Only these changes explain that they have been issued in the last few years important judgments in labour matters, which are necessarily strengthening dialogue with the Constitutional Court and the Supreme Court in our country, without prejudice to the necessary impact to it should also be on the Court of Justice of the European Union, in a more rich development of what has come to be called constitutional pluralism.

Changes such as the recognition of the efficacy between individuals of the rights enshrined in the Convention, the material content of the rights, assimilation of the doctrine of the European Committee of social rights and ILO's Committees, effectiveness of thing interpreted and judged of the sentence, enlargement of the subjects entitled to the remedy, the virtuosity of economic sanctions to cater equally for damage already caused by the injury of the fundamental right. Still pending tasks are to tackle, such as the development of procedural rules, the accession by the European Union to the European Convention on Human Rights and the ratification by Spain of the Protocol XVI of the Convention which would open way to consultation procedures.

ÍNDICE

1. LA ESCASA INCIDENCIA INICIAL EN LO LABORAL
2. EL PROCESO EVOLUTIVO DE REFORZAMIENTO: VERTIENTE MATERIAL
 - 2.1. La eficacia entre particulares de los derechos protegidos
 - 2.2. La extensión material de los derechos tutelados
 - 2.3. El carácter de órganos especializado en la tutela de derechos fundamentales
3. EL PROCESO EVOLUTIVO DE REFORZAMIENTO: VERTIENTE PROCESAL
 - 3.1. La fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal
 - 3.2. La eficacia de cosa interpretada
 - 3.3. La eficacia de cosa juzgada y reglas de legitimación procesal
 - 3.4. El arreglo equitativo
4. LOS DESAFÍOS FUTUROS DE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA LABORAL

1. LA ESCASA INCIDENCIA INICIAL EN LO LABORAL

La ratificación por España a finales de los años setenta del siglo pasado, coincidiendo prácticamente con la entrada en vigor de la Constitución, del Convenio para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, el Convenio), hecho en Roma a finales de 1950, constituyó en su momento un importantísimo hito en la garantía de los derechos fundamentales¹. A partir de esa fecha, la atención prestada al Convenio entre nosotros con carácter general ha sido muy intensa, derivado especialmente de la singularidad del control de convencionalidad establecido a resultas de la creación a través de dicho Convenio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH, previamente con otra denominación), sobre todo por la obligatoriedad del cumplimiento que se contempla para los Estados firmantes del Convenio de las sentencias dictadas por éste².

¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (BOE 10 de octubre de 1979). Cfr. Igualmente, Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 5 de abril de 1999 (BOE 6 de mayo), por la que se hacen público los textos refundidos del Convenio y los protocolos ratificados por España a esa fecha; Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 12 del Convenio, de 4 de octubre de 2015 (BOE 14 de marzo de 2008); Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores de 10 de abril de 2015, por la que se modifica la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio (BOE 17 de abril de 2015).

² Desde esa perspectiva de análisis de carácter general, R. Alonso García, El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales, Civitas, 2014. F. Alvarez-Ossorio Micheo, Tutela de derechos o justifica constitucional. Sobre la objetivización de los recursos de amparo constitucional y europeo, Aranzadi 2015. R. Canosa Usera, El control de convencionalidad, Civitas, 2015. J. A. Carrillo Salcedo, El convenio europeo de derechos humanos, Tecnos 2004. J. Casadevall, El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia, Tirant lo blanch 2012. S. Ripol Carulla, El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico español, Atelier 2007. S. E. Rodríguez Boente, 83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Aranzadi 2015. VV. AA., (López Guerra coord.), El Tribunal europeo de derechos humanos; una visión desde dentro en homenaje al juez Josep Casadevall, Tirant lo blanch 2015.

Por contraste, sin embargo, en su inicio poca atención se le ha prestado al Convenio y a su aplicación por parte del TEDH desde la perspectiva de los derechos laborales y de protección social³. Con el paso del tiempo esa escasa atención ha ido girando, manifestándose hoy en día un especial interés por el impacto que está teniendo y más puede tener de futuro su doctrina jurisprudencial en materia laboral y social, a la vista de la progresivamente mayor intervención del Tribunal en asuntos laborales, derivada de diversos factores tanto normativos como de orientación práctica.

Para comprender mejor el alcance de la evolución que se está produciendo en este ámbito y de la trascendencia hoy en día de la doctrina del Tribunal, merece la pena arrancar de cuáles eran las razones que explicaban en su origen el escaso interés en su inicio del impacto del Convenio sobre nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social. Sólo a partir de la descripción de las limitaciones de partida del Convenio y del Tribunal en los primeros años tras su ratificación, es posible comprender en sus justos términos la importancia de los cambios sucesivos que se han venido produciendo y, por derivación, las expectativas de que en el futuro pueda mantenerse el tono de intensificación de rol del Tribunal en este ámbito.

Así, en primer lugar, ha de destacarse que el Convenio sigue el modelo dual de los Tratados internacionales de su época. Se pueden diferenciar así, por un lado, los Tratados internacionales para la tutela de los derechos de carácter civil y político ajenos al ámbito de lo laboral frente a, por otro lado, los Tratados para el reconocimiento de los derechos de carácter económico y social que es precisamente donde tradicionalmente se ubicaban los correspondientes a lo laboral⁴. De ahí que los derechos específicamente laborales tuviesen una presencia marginal en el articulado del Convenio, centrado en dos materias que por su diseño a primera vista presentaban escasa relevancia práctica para lo que constituyen la vertiente más incisiva de los derechos fundamentales en lo laboral. Estos dos aspectos no son otros que la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4) y la libertad de asociación sindical (art. 11.2).

Es cierto que el primero de los aspectos entronca con uno de las cuatro vertientes esenciales que integran a juicio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la garantía de un trabajo decente; sin embargo, no es menos

³ Análisis de carácter general, más allá de concretos comentarios a determinadas sentencias, por todos, J. Cabeza Pereiro, La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH, *Revista de Derecho Social* nº 69 (2015), pgs. 79 ss. J. García Murcia, Virtualidad en el ordenamiento laboral de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Actualidad Laboral* nº 6 (2014), M. M. Martínez Miranda, Jurisprudencia social del Tribunal europeo de derechos humanos, en *Revista Jurídica de los derechos sociales. Lex Social, Universidad Pablo de Olavide*, vol. 6 nº 1 (2016), pgs. 353 ss. VV.AA. (A. V. Sempere Navarro coord.), *Prontuario de jurisprudencia social del Tribunal europeo de derechos Humanos*, 2009. M. R. Pérez Alberdi, La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lex Social, Revista de los Derechos Sociales*, nº 1 (2011), pg. 93 ss.

⁴ Cabeza Pereiro, *La protección jurisdiccional...*, op. cit., pg. 79 ss.

cierto que se trata de una vertiente que en las más de las ocasiones se encuentra plenamente garantizada en el ámbito de la Europa occidental, de modo que escaso impacto podría vislumbrarse en este aspecto por el hecho de su recepción también dentro del Convenio. Igualmente, la libertad sindical constituye uno de los pilares básicos del trabajo digno y se presenta como el presupuesto inexcusable de un sistema democrático de relaciones laborales. Sin embargo, del mismo modo, ese reconocimiento de la libertad sindical dentro del Convenio se efectúa de manera vicaria dentro del genérico derecho de asociación, sin atribuirle una específica autonomía, como hoy en día se encuentra extendido en la generalidad de los textos jurídicos relativos a derechos fundamentales y libertades públicas. Al recogerse como una mera manifestación del genérico derecho de asociación, no se atienden a las especialidades propias de la libertad sindical con derecho singular, con lo que inicialmente se le arrincona exclusivamente en la vertiente organizativa del derecho de asociación. A tal efecto, debe hacerse hincapié también en la circunstancia de que mientras que la prohibición del trabajo forzado se considera como un derecho absoluto, no sucede así en relación con la libertad de asociación sindical, pues el mismo como otros de este tenor autoriza cierto tipo de excepciones vía restricciones legales que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos (art. 11.2). Incluso ha de tenerse en cuenta que el Estado español en el momento de la ratificación del convenio manifestó reservas concretas a este derecho en relación con la prohibición de sindicación de jueces, magistrados y fiscales, posible limitación por mandato constitucional de la libertad sindical en relación con fuerzas armadas y peculiaridades de los funcionarios públicos.

A la postre, ese modelo dual en los Tratados internacionales, diferenciando entre derechos políticos y derechos laborales, se materializa en el seno del propio Consejo de Europa, que queda plasmado de forma emblemática en el Convenio que analizamos ahora para los derechos políticos y la Carta Social Europea de Turín para justamente la atención a los derechos laborales y sociales⁵. Ello se materializa igualmente desde el punto de vista del control de convencionalidad, de modo que al TEDH le corresponde el seguimiento de la aplicación del Convenio, en tanto que al Comité Europeo de Derechos Sociales se le asigna la vigilancia del cumplimiento de la Carta. Dicho con notable simplicidad, la presencia de la Carta Social y de su Comité predisponían al TEDH a derivar los aspectos sustanciales en materia laboral a tales instrumentos internacionales en el seno del Consejo de Europa, desplazaba a ellos la responsabilidad del mismo en tales materias y eximía al TEDH de afrontar las materias claves en este ámbito.

⁵ Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 27 de abril de 1978 (BOE 26 de junio de 1980). Sobre el particular, por todos, el muy completo y actualizado número monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 137 (2018), dedicado en su integridad al análisis de la Carta.

Por lo demás, incluso dentro de la esfera de los derechos políticos y civiles incorporados al Convenio, el control de convencionalidad asumido por el TEDH tiene un carácter subsidiario, como el mismo declara, tanto desde el punto de vista material como procedimental. Desde el punto de vista procedimental, en la medida en que su actuación sólo se produce cuando previamente se han agotado todas las vías de tutela jurisdiccional por parte de los correspondientes órganos judiciales internos de los respectivos Estados firmantes del Convenio (art. 35). De este modo, por su carácter de órgano internacional de derechos humanos, el TEDH se entiende como una red de seguridad última, cuando no han desplegado su función de tutela del derecho fundamental las correspondientes instancias nacionales internas, sean los correspondientes Tribunales Supremos o Constitucionales nacionales; hasta que éstos no haya intervenido y, por tanto, hayan negado el amparo frente a la presunta lesión del correspondiente derecho fundamental no cabe acudir al TEDH. Es cierto que la lectura del requisito en clave procedimental no es rígida, puede suceder que Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional no hayan tenido ocasión de entrar en el fondo del asunto, por cuanto que vale también que se hayan limitado a inadmitir a trámite el recurso que se ha intentado interponer, por razones de ausencia de motivo casacional o constitucional, en la medida en que tales Tribunales ya hayan asentado una doctrina de contrario en cuanto al fondo del asunto vía pronunciamientos precedentes. De este modo, el pronunciamiento de fondo no se ha producido por órganos judiciales inferiores, pero formalmente se han agotado todas las vías internas por simple intento de acceder a los Tribunales superiores pero con los correspondientes autos de inadmisión⁶.

De este modo, desde el punto de vista material, el TEDH ha desarrollado una doctrina que ha leído los correspondientes derechos del Convenio en clave de mínimos, como un umbral común de valores democráticos mínimos comunes a todos los ordenamientos nacionales europeos, lo que se ha venido denominando como una especie de “orden público europeo”. A partir de esa concepción de mínimos, se entiende que cabe una comprensión diversa de tales derechos y libertades en los respectivos Estados miembros, otorgándole a sus órganos judiciales un cierto margen de apreciación en el alcance de tales derechos fundamentales, que conecta con la posición subsidiaria del TEDH respecto de los órganos nacionales⁷. Todo lo anterior desemboca en que, en las más de las ocasiones, la tutela de los derechos fundamentales, incluidos pues los laborales, se produce por parte de los órganos judiciales nacionales. En concreto, que el referente por excelencia en nuestro caso ha de ser el Tribunal Constitucional en su función de instancia de garantía de los derechos fundamentales. Incluso ello viene reforzado por el hecho de que el Tribunal Constitucional cuando

⁶ Por todos, STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413.

⁷ García Murcia..., *Virtualidad en el ordenamiento...*, op. cit., pg.2

comienza su andadura, el TEDH tenía una ya dilatada intervención en el control de convencionalidad del Convenio, que es muy tenida en cuenta y valorada por el Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo, la jurisprudencia constitucional en nuestro país integra y asimila desde el primer momento la doctrina del TEDH, haciendo en la generalidad de las ocasiones innecesario acudir a su intervención sucesiva en lo que afecta a las posibles violaciones de tales derechos en nuestro territorio.

A todo lo anterior, se añade el cada vez más acentuado protagonismo que vienen asumiendo las instituciones de la Unión Europea en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, especialmente en su vertiente laboral, con la paralela creciente intervención en este terreno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde esta vertiente, el Tribunal de Luxemburgo tiene la posibilidad de actuar temporalmente con precedencia al Tribunal de Estrasburgo, por un doble motivo procesal relacionado con el diseño de la cuestión prejudicial: de un lado, la cuestión prejudicial se puede presentar en tiempo muy por delante del posible recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, dado que lo plantea cualquier Tribunal desde el instante en que se le susciten dudas respecto de una incompatibilidad entre el derecho nacional y el denominado acervo “comunitario”, sin por tanto exigir que exista agotamiento de los recursos internos; de otro lado, por cuanto que el planteamiento de la cuestión prejudicial, aunque es potestativa con carácter general, resulta obligada para el caso de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno. En suma, la inexistencia a día de hoy, por lo que afecta a España, de un modo de “cuestión prejudicial” ante el Tribunal de Estrasburgo, realza la importancia del Tribunal de Luxemburgo, que provoca como efecto colateral un venir a menos del papel del primero.

Más aún, no sólo se trata de un Convenio que por su contenido se situaba extramuros de lo laboral, sino que por su diseño como clásico Tratado internacional se orientaba a dirigir su mirada a los excesos y violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa y firmantes del Convenio. Dicho de otro modo, el convenio se dirigía a vigilar y controlar el comportamiento de los poderes estatales en sus diversas vertientes (legislativo, ejecutivo, judicial), pero siempre con la mirada puesta en las lesiones de los poderes públicos respecto de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. De ahí, que las sentencias analicen la intervención del poder legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados firmantes del Convenio y, en su caso, vía sentencia declare que la conducta de los respectivos Estados es contraria al Convenio. En esa perspectiva, los actos objeto de análisis eran exclusivamente las conductas del poder público frente a los ciudadanos; en sentido negativo, no entraban de manera directa a analizar las posibles lesiones a los derechos humanos por parte de los particulares, en clave de quedar fuera de su lógica de actuación

la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, algo esencial para la penetración de su garantía en el ámbito de las relaciones laborales. En términos procesales, las partes inicialmente intervinientes en el desarrollo de la actuación del TEDH eran exclusivamente los Estados como victimarios de los derechos fundamentales y en ningún caso los particulares.

Dicho en clave procesal, la parte demandada en el recurso que se interpone ante el TEDH es siempre el Estado firmante del Convenio y nunca un particular, aun cuando la lesión la haya provocado un particular, fenómeno habitual y casi generalizado en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de lo laboral. Dicho de otro modo, el objeto del recurso es una presunta violación por una de las Altas Partes Contratantes (art. 34). Por ello, a pesar de que algún autor se permita la licencia terminológica, el recurso ante el TEDH no puede asimilarse a un recurso de amparo, pues el demandado no es siempre quien de manera inmediata y directa ha lesionado el derecho fundamental desde la perspectiva laboral. Por ello, la sentencia se dirige frente al poder público y no frente a particulares.

Más aún, comoquiera que el particular no integra necesariamente la relación procesal ante el Tribunal, el Convenio no obliga tampoco necesariamente a la revisión de la sentencia dictada en su caso por el Tribunal nacional que agota la vía de acceso al TEDH y pudiera mantenerse tal sentencia como definitiva e inalterable, sin perjuicio de que el Convenio tampoco se opone a dicha revisión. Los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal (art. 46.1), pero se interpreta que ese acatamiento puede producirse de maneras diversas y no necesariamente a través de la anulación de la sentencia que provocó la violación del derecho fundamental. Por ello, se suele entender que del Convenio no deriva que la sentencia del TEDH haya de tener efecto de “cosa juzgada”, por mucho que tenga valor de “cosa interpretada”; más adelante retornaremos a la diferenciación entre estas dos categorías y precisaremos el alcance concreto de ambas por lo que afecta al ordenamiento nacional interno.

Finalmente, cierra el círculo de las diferencias con el recurso de amparo el hecho de que, aunque es posible que el TEDH contenga una condena indemnizatoria por daños y perjuicios a la víctima, al particular lesionado en sus derechos, en nuestro análisis compensación indemnizatoria al trabajador, quien debe proceder a abonar dicha cantidad es el Estado miembro, pero no el posible particular (léase en las más de las ocasiones en lo laboral el empleador) que al final con su conducta fue quien limitó o impidió el ejercicio del derecho fundamental en discusión.

2. EL PROCESO EVOLUTIVO DE REFORZAMIENTO: VERTIENTE MATERIAL

A partir del escenario precedente limitativo de las posibilidades de actuación del TEDH en materia laboral, se desarrolla un lento pero irreversible proceso de superación de escollos. Este proceso evolutivo, como se verá al final del presente estudio, a estas alturas se encuentra todavía inacabado, pero en el actual estado permite ya asegurar un espacio de fuerte influencia del Tribunal en materia de garantía de los derechos laborales y sociales, que se augura poder intensificarse en el inmediato futuro.

Este proceso evolutivo se debe a la interconexión de diversos fenómenos que convergen en idénticos resultados, unos productos de cambios regulativos directos sean a nivel internacional o interno en España, otros resultados de unas perspectivas interpretativas por parte del propio Tribunal que amplían como se detallará inmediatamente a continuación el margen de actuación del control de convencionalidad en el ámbito de lo laboral y de lo social. Estos elementos de cambio se sitúan tanto en el terreno sustantivo, relacionado con el alcance de los derechos objeto de tutela por parte del Convenio, como igualmente en el campo procesal de reglas instrumentales del procedimiento que acaban reforzando el valor jurídico del pronunciamiento por parte del TEDH. Procedamos, en estos términos, a desgranar el análisis de las novedades que se han venido produciendo en estas décadas, desde las diferentes perspectivas anunciadas, lo que nos podrá permitir desembocar en lo que falta por hacer y, por ende, identificar cuáles son los retos todavía pendientes en esta materia.

2.1. La eficacia entre particulares de los derechos tutelados

El primer hito en ese proceso evolutivo, de esencial importancia desde la perspectiva laboral, será el reconocimiento de que, no sólo los poderes públicos, sino igualmente los poderes privados se encuentran obligados al respeto de los derechos laborales. Ello va a permitir controlar que el empleador, los agentes económicos y sociales, la negociación colectiva y, en general, el conjunto de los actores privados del sistema de relaciones laborales puedan ser controlados en su actuación presuntamente lesiva de derechos fundamentales. Se trata de una doctrina que tiene su origen en la construcción elaborada por los Tribunales alemanes en la década de los años cincuenta del siglo pasado, que con el paso del tiempo adquiere un elevado consenso en el conjunto de los Tribunales Constitucionales europeos, incluido en parte el Tribunal de Luxemburgo, de modo que hoy en día constituye un criterio unánimemente aceptado cuando menos por lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales.

El TEDH no va a ser ajeno a esa tendencia imparable de reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos reconocidos en el Convenio, por mucho que como tuvimos ocasión de indicar en el apartado precedente el armazón y la filosofía política que dio vida al Convenio en su diseño formal no respondiese a una lógica propia de la eficacia entre particulares.

Resulta curioso que este primer cambio se lleva a cabo en sus primeros momentos sin ser consciente de ello el propio Tribunal, pues lo efectúa con tal naturalidad, que ni siquiera se detiene a justificarlo ni a llamar la atención sobre el importante paso que había efectuado. Así sucede precisamente cuando ya en fechas tempranas el Tribunal aborda las conductas de sindicatos y empresarios pactando, habitualmente a través de la negociación colectiva, cláusulas de seguridad sindical, que imponen al trabajador contra su voluntad a afiliarse obligatoriamente o a abonar la cuota sindical obligatoriamente. Esa perspectiva, que desembocará en una amplia doctrina por parte del TEDH de atención al derecho negativo de afiliación sindical sólo será posible sobre la premisa de considerar que tanto sindicatos como empresarios han de respetar el derecho negativo de afiliación que deriva del Convenio (art. 11), por cuanto que en la práctica totalidad de los supuestos se trata de conductas en las que no interviene el poder público del correspondiente Estado miembro, sino conductas de particulares. Las sentencias de referencia, por tanto, entran directamente a analizar si tales conductas lesionan o no la libertad sindical, sin darse cuenta o cuando menos sin manifestarlo expresamente que ello afecta a conductas entre particulares y no de los Estados frente a los que se interpone la demanda⁸. Ciertamente, la sentencia lo que procede es a analizar directamente si resulta conforme al Convenio la legislación nacional que permite este tipo de cláusulas de sindicación obligatoria, pero no deja de resultar significativo que materialmente lo que está analizando es la corrección de los acuerdos que a estos efectos se producían entre sindicato y dirección de la empresa.

Será más adelante, cuando el propio Tribunal abrirá paso indirecto a la vinculación del contenido de los derechos del Convenio en las relaciones entre particulares, por la vía de manifestar que no nos encontramos ante meras libertades de los ciudadanos que sólo obliga a una actitud negativa de mera injerencia del Estado, de modo que considerará que el hecho de que el Estado se abstenga de vulnerar los derechos garantizados no es suficiente para concluir que ha cumplido con los compromisos que se derivan del Convenio. Dicho de otro modo, el Tribunal establecerá que, además de lo anterior, asumen obligaciones positivas de protección para garantizar la efectividad del derecho. Y, en concreto, tales obligaciones positivas van dirigidas no solo a la relación entre el particular y el Estado, sino también a garantizar que terceros particulares no impiden o vulneran el efectivo derecho reconocido en el Convenio. En definitiva, por la vía de la imposición de las obligaciones positivas a los Estados, les exige a estos

⁸ Por todas, la más significativa, STEDH 13 de agosto de 1981, asunto Young, James y Webster.

que establezcan las medidas necesarias al objeto de que el derecho se garantice también en las relaciones entre particulares. Ello conducirá a afirmar ya de manera expresa que las obligaciones positivas pueden implicar la adopción de medidas en el ámbito de las relaciones entre individuos⁹.

Finalmente, la vía a través de la que acaba consolidándose la eficacia entre particulares será indirecta¹⁰, con una técnica interpretativa muy similar a la que elaborará nuestro Tribunal Constitucional para avanzar en el control del respeto a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: entender que en la medida en que el Convenio vincula a todos los poderes públicos de los Estados firmantes, los derechos del Convenio pueden ser violados cuando el poder judicial no garantiza la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares; es el poder judicial de manera inmediata quien contraviene el Convenio, pero lo hace en la medida en que no falla judicialmente contra el particular que ha lesionado dicho derecho.

A estas alturas se puede considerar que constituye doctrina consolidada del TEDH la eficacia entre particulares respecto de la generalidad de los derechos recogidos en el Convenio que puedan tener repercusión en el ámbito de las relaciones laborales. Eso sí, con ello no quedan perfiladas y resueltas todas las consecuencias derivadas de las relaciones entre particulares. En efecto, todo ello conducirá, al igual que lo han venido a hacer todos los Tribunales Constitucionales y el propio Tribunal de Luxemburgo, a una compleja labor de ponderación de la intensidad del reconocimiento de la eficacia entre particulares, pues la misma puede diferir en cada caso en intensidad y llegar a ser de menor alcance que en las relaciones frente al poder público. A tal efecto, jugará un papel relevante el principio de proporcionalidad como criterio interpretativo del alcance de la eficacia entre particulares, en la medida en que la misma habrá de ponerse en conexión con otros derechos igualmente garantizados por el Convenio. Incluso, el TEDH llegará a afirmar que en esta perspectiva los Estados disponen de cierto margen de apreciación cuando se trata de intervenir en las relaciones interindividuales.

Por último, el reconocimiento de la eficacia entre particulares para su efectividad jurídica va a requerir de su acompañamiento de cierto tipo de reglas procesales, que postergamos su análisis para un momento sucesivo. En todo caso, anticipamos que, comoquiera que el armazón del Convenio no se diseña sobre la premisa de las relaciones entre particulares, ese tipo de reglas procesales, cuando menos en su versión inicial no estaban incorporadas al Convenio, o bien siguen sin incorporarse al mismo por cuanto que su inserción no se lleva a cabo a nivel internacional, sino que queda delegado a la sucesiva actuación por parte de los Estados miembros en el desarrollo de su ordenamiento interno. Tales reglas

⁹ STEDH 8 de diciembre de 2009, asunto Aguilera Jiménez; STEDH 26 de julio de 2005, asunto Siliadin.

¹⁰ Cabeza Pereiro, La protección jurisdiccional..., op. cit., pg.101. García Murcia..., Virtualidad en el ordenamiento..., op. cit., pg. 2

procesales resultan imprescindibles, por cuanto su inexistencia puede dejar como mera declaración de principio la eficacia entre particulares, pero sin viabilidad de implementación práctica.

2.2. La extensión material de los derechos protegidos

La operación precedente de incorporación de la eficacia entre particulares de los derechos del Convenio provocará, como efecto derivado, que el TEDH pueda proceder a desbordar el estricto ámbito de los dos derechos laborales específicos del Convenio ya mencionados (prohibición del trabajo forzado y libertad de asociación sindical), para abarcar a lo que habitualmente se conoce en la doctrina española como derechos fundamentales inespecíficos. En otros términos, ello va a permitir una importante extensión material de los derechos protegidos, en la medida en que el TEDH se ha podido introducir en la vertiente laboral de los derechos clásicos genéricos de tutela frente a los abusos del poder privado.

En otros términos, sentencias que logran adentrarse en el ejercicio en las relaciones laborales de derechos fundamentales inespecíficos como son los relativos al derecho a un proceso equitativo (art. 6)¹¹, al respeto a la vida privada y familiar (art. 8)¹², a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9)¹³, a la libertad de expresión (art. 10)¹⁴, al derecho de reunión (art. 11.1)¹⁵, prohibición de discriminación (art. 14 y protocolo 12 del Convenio)¹⁶, protección de la propiedad (artículo 1 del protocolo adicional de 1952).

Más allá de lo anterior, en la doctrina del TEDH ha permeado la construcción relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas progresivamente elaborada y consolidada por parte de otras instancias judiciales que, en la cúspide de sus respectivos ordenamientos jurídicos, asumen la interpretación y tutela de estos singulares derechos. De este modo, se materializa con notable intensidad canales de doble circulación de lo que ha venido en denominarse pluralismo

¹¹ Sobre el particular, el estudio en este número de la revista, de M. N. Moreno Vida, sobre el derecho a un proceso efectivo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹² Sobre el particular, los estudios en este número de la revista de C. Molina Navarrete, sobre el derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional, así como de F. Navarro Nieto, sobre El derecho al respecto de la correspondencia del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹³ Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de Santiago González Ortega, sobre libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁴ Sobre el particular, el estudio de C. Sáez Lara, en el presente número de la revista, sobre La libertad de expresión de los trabajadores y protección de los denunciantes en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵ Sobre el particular, el estudio de E. Garrido Pérez, en el presente número de la revista, el derecho de reunión desde la perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶ Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista de J. L. Monereo y P.G. Ortega Lozano, sobre la prohibición de discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

constitucional, que provoca una protección multinivel de los derechos laborales fundamentales, en este caso a través de un triángulo virtuoso: Tribunales constitucionales nacionales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷.

A mayor abundamiento, ello se ha efectuado de manera complementaria a través de la interiorización progresiva por parte del TEDH de la doctrina de otras instancias internacionales especializadas en la interpretación de los derechos laborales, que han propiciado una lectura extensiva de los derechos contemplados en el propio Convenio. Así, ante todo, el Tribunal ha asumido, determinada doctrina que con el paso del tiempo ha ido elaborando y consolidando el Comité Europeo de Derechos Sociales en su interpretación de la Carta Social Europea. A partir de ese momento, comienzan a establecerse importantes vasos de comunicación entre la interpretación de la Carta y su posible recepción en el Convenio por vía de los específicos derechos insertos en el mismo. El hecho indiscutible de que el Convenio posee una eficacia jurídica de superior vinculabilidad a los Estados miembros por la expresa declaración del obligado acatamiento de las sentencias del Tribunal (art. 46) que no se produce con idéntica intensidad respecto de las conclusiones y decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales, otorga un plus de valor y de efectividad a esta operación del Tribunal de asunción de la doctrina del Comité, por vía de su integración en el proceso de razonamiento y de fundamentación jurídica de sus sentencias.

Ello se ve reforzado igualmente por el proceso, igualmente perceptible con el paso del tiempo y cada vez más recurrente, de que el TEDH proceda a hacer uso de la doctrina tanto del Comité de libertad sindical como del Comité de Expertos de la OIT en su labor de interpretación de sus Convenios, trasladada a la interpretación de la vertiente laboral de los derechos recogidos en el propio Convenio europeo.

Todo lo anterior ha propiciado una lectura extensiva del contenido de los derechos contenidos en el Convenio, lo que a su vez ha permitido un juego mucho más amplio de su texto. De un lado, ese juego más amplio se ha producido a través de una lectura realista, por ende no formalista ni apegada a la literalidad de su redacción, lo que ha desembocado en una comprensión actualizada de tales derechos, interpretada en el contexto de la realidad contemporánea en la que se ejercen y pueden limitarse de manera grave los derechos aquí analizados¹⁸. Se entiende que el Convenio debe interpretarse y aplicarse de forma que sus garantías sean concretas y efectivas, y no sólo teóricas e ilusorias. Asimismo el TEDH se ha referido al carácter “vivo” del Convenio, que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales y que, por tanto, ha de tener en cuenta la evolución de las normas de Derecho Nacional e Internacional. De otro lado, ese juego más amplio se ha verificado a resultas de una interpretación finalista de la

¹⁷ Por todos en el ámbito de lo laboral, F. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo 2016.

¹⁸ García Murcia..., *Virtualidad en el ordenamiento...*, op. cit., pg., pg. 2.

tutela de esos derechos, que se ha concretado en una ampliación de tales derechos por conexión con los intereses legítimos que se entiende que deben ser tutelados por medio de los derechos reconocidos en el texto del Convenio.

Sin voluntad de ser exhaustivos al respecto, pues no es el objeto central del presente trabajo, baste con señalar a estos efectos los ejemplos típicos de ese proceso expansivo material del juego práctico aplicativo de los derechos reconocidos en el Convenio y que, vía los precedentes métodos interpretativos, han permitido una ampliación de las esferas de intervención del TEDH, que ha desembocado en una ampliación de su tutela en lo que afecta a los derechos fundamentales laborales: el modo como se extiende la comprensión del alcance de la prohibición del trabajo forzoso a realidades conectadas con la trata de seres humanos donde el consentimiento de la víctima se llega a considerar como irrelevante o la incorporación vía esta prohibición igualmente del trabajo de menores¹⁹; una lectura del derecho a la vida privada y familiar que se extiende al ámbito de la actuación del trabajador en el seno de la empresa, con especial atención a las prácticas invasivas por parte de las tecnologías de la información y las comunicaciones, lo sea a través de servicios de mensajerías en redes sociales²⁰ o bien del uso de instrumentos de videovigilancia²¹, intervención sobre el ordenador y consultas a internet por el trabajador²², al extremo incluso de llegar a entender que en algún caso los efectos negativos de un despido inciden sobre la vida privada del trabajador; la conexión entre la libertad de expresión y la garantía de indemnidad frente a posibles represalias²³; una lectura del derecho de propiedad extensiva a derechos subjetivos prestacionales que da pie a la incursión por parte del Tribunal en la garantía de ciertas actuaciones arbitrarias o abusivas restrictivas de derechos en el ámbito de la Seguridad Social²⁴, o bien incluso al cobro efectivo de salarios debidos por vía de ejecución de sentencias²⁵.

¹⁹ STEDH 26 de julio de 2005, asunto Siliadin. Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de S. Olarte Encabo, sobre la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso desde la perspectiva laboral en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁰ STEDH, Gran Sala, 5 de septiembre de 2017, asunto Barbulescu, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608. Sobre el particular, J. Cabeza Pereiro, El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH, en *Temas Laborales* 141 (2018), pgs. 13 ss.

²¹ STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413.

²² STEDH 30 de mayo de 2017, asunto Trabajo Rueda.

²³ STEDH 27 de febrero de 2018, asunto Guja, ECLI:CE:ECHR:2018:0227JUD000108510. STEDH 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo. Para sus límites y proporcionalidad, STEDH 12 de septiembre de 2011, asunto Palomo Sánchez. STEDH 14 de marzo de 2002, asunto De Diego Nafria.

²⁴ STEDH 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz; STEDH 26 de abril de 2018, asunto Čakarević, ECLI:CE:ECHR:2018:0426JUD004892113. Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de C. Sánchez-Rodas Navarro, sobre el derecho a la Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁵ STEDH 1 de diciembre de 2009, asunto Kchachatryan.

El ejemplo más elocuente de traslación de la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra en el importante proceso evolutivo en la interpretación del alcance del derecho de libertad sindical por parte del TEDH, en términos tales que progresivamente le va otorgando un perfil de estricta autonomía respecto del genérico derecho de asociación. Ese rasgo de autonomía de la libertad sindical va a desembocar sobre todo en el hecho de que la misma se la conciba más allá de un mero derecho en la mera vertiente organizativa, para adentrarse en el terreno de los derechos de acción sindical²⁶. Esa operación será la que permitirá interpretar, en la misma orientación de nuestro Tribunal Constitucional, que forman parte también del reconocimiento del derecho de libertad sindical, las típicas medidas de acción sindical, en particular que constituye un “elemento esencial” de la misma el derecho de a la negociación colectiva²⁷. Suerte diversa ha recibido el reconocimiento del derecho de huelga, que no ha llegado a considerarse como elemento esencial de la libertad sindical y, por tanto, se ha admitido su posible restricción, si bien lo haya sido en relación a supuestos algo singulares como son los relativos a la huelga de las fuerzas y cuerpos de seguridad²⁸, o bien en relación con la justificación de la prohibición de las huelgas de solidaridad²⁹; aunque en otras ocasiones se ha considerado contraria al derecho de asociación sindical una prohibición generalizada del derecho de huelga respecto de los empleados públicos, en cuanto que se considera como una medida desproporcionada³⁰.

2.3. El carácter de órganos especializados en la tutela de los derechos fundamentales

Tampoco debe pasar inadvertido el hecho de que el TEDH tenga por exclusiva misión el control de convencionalidad en relación con un texto internacional orientado exclusivamente a la tutela de los derechos humanos. Esa circunstancia le hace que no sólo su actividad se oriente en exclusiva hacia la garantía de tales derechos, sino que su enfoque sea de especial sensibilidad hacia la salvaguarda en todas sus vertientes de los derechos fundamentales. Por entender mejor lo que queremos decir con ello, la actividad del Tribunal en este caso no debe ser

²⁶ Sobre el particular, el estudio en el presente número de la revista, de S. de Soto Rioja, El derecho de asociación y de libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁷ STEDH 12 de noviembre de 2008, asunto Demir y Baykara, incluso referido en este caso a una negociación colectiva que afecta a funcionarios públicos, eso sí con la advertencia de que en estos casos pueden establecerse “restricciones legítimas” que puede ser necesario imponer a los “miembros de la Administración del Estado” en el sentido de lo permitido por el art. 11.2 del Convenio.

²⁸ STEDH 21 de abril de 2015, asunto Ertzainas.

²⁹ STEDH 8 de abril de 2014, asunto National Union of Rail, Maritime and Transport Workers. Sobre este último, el estudio en el presente número de la revista, de F. Durán López, sobre el derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁰ STEDH 21 de abril de 2009, asunto Enerji Yapi-Yol.

compartida con otras funciones adicionales, como en cambio sucede con otros Tribunales ya mencionados que conforman el triángulo que hemos denominado virtuoso de la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales. En el caso de los Tribunales Constitucionales, compartida con el misión mucho más amplia de ser garante del conjunto del sistema político al máximo nivel, con especial atención al control de los poderes legislativos y judiciales en las competencias que les son asignadas, incluso en algunos casos con la delicada comprobación del equilibrio político del juego de la presencia de diversos poderes en el marco de los Estados complejos federales o asimilados a éstos. En el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, compartida con la condición de instancia de interpretación general del conjunto del ordenamiento jurídico de la Unión, no exclusivamente del referido a los derechos fundamentales.

Lo anterior, desde luego le otorga un plus de especialización en el campo del garantismo de los derechos fundamentales, lo que le permite abarcar con un superior conocimiento de causa las dificultades interpretativas y aplicativas de los referidos derechos, convirtiéndose en un auténtico especialista en la materia.

Pero es más, aunque este otro asunto pueda resultar mucho más espinoso y delicado desde la perspectiva que estamos analizando, desde esa posición el Tribunal involuntariamente acaba asumiendo una mayor sensibilidad por la garantía de los derechos fundamentales. Se trata de una perspectiva especialmente relevante cuando el análisis del disfrute en la práctica de estos derechos puede entrar en colisión con otros derechos subjetivos o intereses legítimos que de manera directa no son tutelados vía la relación de derechos elevados al rango de fundamentales. Ello conduce en reiteradas ocasiones al TEDH a calificar algunos de los derechos reconocidos en el Convenio como absolutos, que no admiten restricciones o limitaciones de tipo alguno, mientras que por contraste los otros Tribunales suelen adoptar una lectura mucho más integrada en el conjunto del ordenamiento jurídico objeto de control en el marco de sus competencias, lo que les aboca a entender que casi ningún derecho tiene el carácter de absoluto, pues en cada caso siempre debe ponderarse conforme al principio de proporcionalidad en conexión con la tutela de otros derechos e intereses legítimos. Probablemente con excepción del derecho a la vida, los otros Tribunales tienden de manera generalizada a efectuar una lectura de equilibrio de intereses y de derechos, a resultas del modelo político y socioeconómico prevalente en el ordenamiento jurídico que toma como referencia.

En la materia que estamos abordando, ello adquiere especial trascendencia en el contraste de sensibilidades comparativas entre Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En concreto, el primero de los Tribunales necesariamente tiene que partir como referencia de que los objetivos originarios del proyecto europeo y todavía hoy en día el pilar sobre el que se asienta el mismo no es otro que el desarrollo y tutela

de las grandes libertades económicas que permiten la construcción hoy en día del Mercado único. Ello ciertamente, con el paso del tiempo, no lo hace incompatible con que el Tribunal de Luxemburgo asuma igualmente un rol destacado en la tutela de los derechos fundamentales, especialmente a partir de la elevación al rango de derecho originario de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pero, tampoco puede ocultarse que ello se realiza sin romper el cordón umbilical de basamento del proyecto europeo de garantía de las grandes libertades económicas. Por ello, no puede extrañarnos que la aproximación a un mismo asunto pueda ser diversa en la lectura acometida por ambos Tribunales: el de Luxemburgo más escorado a efectuarlo desde una sensibilidad proclive a realzar los derechos económicos frente a los fundamentales, en tanto que el de Estrasburgo sin ese freno directo y por tanto más sensible a reforzar las consecuencias del reconocimiento de los derechos fundamentales sin las ataduras derivadas de los condicionantes económicos que puedan pesar en una declaración de violación de un derecho fundamental. Mientras que la libertad de empresa no aparece reconocida de manera directa y expresa en el texto del Convenio a interpretar por el Tribunal de Estrasburgo, la misma se convierte en el referente por excelencia en el ordenamiento de la Unión Europea vía las libertades de circulación, la libertad de establecimiento, así como la protección frente a las distorsiones de la competencia mercantil.

Como toda valoración abstracta en este terreno, siempre acaba siendo simplificadora, de modo que la conclusión precedente debe ser necesariamente matizada, pues ello no puede entenderse en el sentido de que el Tribunal de Estrasburgo en sus razonamientos jurídicos sea ajeno a las consecuencias derivadas de una interpretación jurídica necesariamente compleja que necesariamente tiene que tener como instrumento esencial de trabajo el principio de proporcionalidad; principio de proporcionalidad que se convierte en el vehículo a través del cual se acaban ponderando de manera equilibrada derechos sociales y derechos económicos en el ámbito de las relaciones laborales.

En concreto, el TEDH no dejará de acudir al reconocimiento del derecho de la propiedad como vía a través de la cual se toman en consideración los condicionantes derivados de la necesaria toma en consideración de los poderes organizativos del empleador y, en qué medida, los mismos deben tenerse en cuenta a la hora de tutelar los derechos fundamentales laborales en el ámbito de las relaciones laborales. Ello desembocará en que el TEDH, a semejanza de cómo hacen los otros dos grandes Tribunales, acabará reconociendo que los derechos fundamentales laborales, especialmente cuando amplían su tutela por vía de la eficacia entre particulares de los mismos, deben soportar las obligadas limitaciones derivadas del derecho de la propiedad y, con el mismo, de los poderes organizativos de los empresarios.

Eso sí, por hacer el balance final de precisiones, todo lo anterior no desmiente la conclusión de partida, pues el peso de esos condicionantes derivados de las libertades económicas se advierte no es de igual intensidad según el Tribunal objeto de consideración: se detecta a estos efectos como en el Tribunal de Estrasburgo mantiene la sensibilidad prevalente a la que hemos hecho referencia al inicio de este trabajo, del mismo como que se constata otro tanto pero en sentido opuesto respecto de la sensibilidad prevalente en el Tribunal de Luxemburgo.

Lo anterior incluso puede llevar y, de hecho, se detecta que en la práctica conduce a determinadas estrategias procesales orientadas a evitar la intervención del Tribunal de Luxemburgo y favoreciendo la correspondiente del Tribunal de Estrasburgo. En efecto, sin ser expreso, se intuye que la actuación de la defensa judicial de los demandantes en ocasiones eluden proponer el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo que, a la vista de los precedentes existentes, auguran serían contrarios a los intereses de sus clientes, en tanto que tienen mejores expectativas respecto de la posible respuesta por parte del Tribunal de Estrasburgo, de modo que esperan a agotar todos los recursos internos posibles para poder acudir al TEDH. Y lo hacen, evitando el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, pues de lo contrario dificultaría el posterior pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, que tendría que ser expresamente contrario al menos para satisfacer los intereses procesales de quien acciona, en tanto que sería menos traumático o conflictivo con un pronunciamiento por parte del TEDH sin haberse pronunciado con anterioridad sobre el caso concreto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. EL PROCESO EVOLUTIVO DE REFORZAMIENTO: VERTIENTE PROCESAL

3.1. La fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal

La mayor singularidad del Convenio a primera vista se encuentra en el contenido material de la recepción de un conjunto de derechos humanos que se comparten como elementos comunes, tanto en clave jurídica como de valores, por la práctica totalidad de los Estados europeos, justamente como una decisiva seña de identidad de defensa conjunta de los principios democráticos. Sin embargo, esto puede ser algo que en gran medida deriva de la generalidad de los textos constitucionales o declaraciones de derechos fundamentales en el ordenamiento nacional interno de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, limitándose el Convenio a dar fe de una realidad previa en el marco jurídico nacional, consolidándolo a nivel internacional y, con ello, introducir una llave de cierre que impida amenazas de retroceso o marcha atrás en la defensa de estos derechos y valores.

Por contraste, lo que sí que presenta un valor añadido indiscutible es la vertiente procesal o procedimental del Convenio, que no está presente en otros textos internacionales relativos a derechos humanos o, por ser más precisos, no lo está con el grado de intensidad y profundización al que se llega en este caso. En definitiva, como sucede en muchos otros ámbitos del derecho, lo menos brillante es al final lo que más reluce; lo menos brillante son las reglas de carácter procesal, pero sin embargo son las más trascendentes al final desde la perspectiva de los resultados prácticos. Las reglas procesales al final en este terreno son las que acaban convirtiendo en decisivo el Convenio.

En concreto, lo importante del Convenio acaba siendo la institucionalización del TEDH, que formaliza en todos sus términos un estricto control de convencionalidad de los derechos fundamentales reconocidos en el mismo. Y, en particular, lo más importante es que se trate de un Tribunal con capacidad de dictar sentencias, que declaren una violación de un derecho tutelado en el caso concreto, adquieran fuerza obligatoria para los Estados que han actuado en contra del mencionado derecho. Por tanto, que las Altas Partes contratantes se comprometen, a resultas de la ratificación del convenio, a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes (art. 46).

En una lectura del Convenio como Tratado internacional, la mayoría de la doctrina viene a considerar que las sentencias dictadas por el TEDH tienen un mero valor declarativo³¹. Lo suelen entender, desde la perspectiva en que la sentencia no condena en concreto al Estado que ha sido parte y, por añadidura, el Tribunal no ostenta facultades directas de hacer ejecutar lo juzgado, como se atribuye a cualquier órgano judicial internacional sustentado sobre un principio de división de poderes.

Frente a ello, la lectura precedente puede ser correcta desde una interpretación aislada del texto del Convenio como Tratado internacional. Pero tal consideración de la sentencia del TEDH como meramente declarativa deviene no tan acertada si la misma y, en particular, la atribución de fuerza obligatoria del Convenio, se ponen en conexión con el ordenamiento interno español. Una interpretación integrada del Convenio con el ordenamiento interno español, nos conduce por el contrario a entender que las sentencias del TEDH tienen el carácter de sentencia de condena a todos los efectos e incluso pueden llegar a tener valor equivalente al de título ejecutivo, por mucho que la ejecución de la sentencia no corresponda al TEDH sino a los órganos judiciales nacionales.

Dicho muy telegráficamente, el hecho de que el Convenio como Tratado internacional en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de su ratificación y publicación oficial, pasa a formar parte del ordenamiento interno (art. 96 CE), proporciona mucho mayor alcance a la declaración de fuerza obligatoria y debido

³¹ García Murcia..., *Virtualidad en el ordenamiento...*, op. cit., pg. 4. Martínez Miranda, *Jurisprudencia social...*, op. cit., pg. 5.

acatamiento de las sentencias del TEDH. A mayor abundamiento, el hecho de que nuestro texto constitucional declare expresamente que las normas relativas a derechos fundamentales se han de interpretar conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), conduce a reforzar dicha vinculabilidad procesal en el sentido estricto del término. En la medida en que se instituye al TEDH como el mecanismo de control de convencionalidad del texto internacional, se le convierte en el intérprete auténtico de los derechos reconocidos en el Convenio, de modo que para nuestro ordenamiento interno el Convenio no sólo se convierte en orientador de la interpretación, sino que las sentencias del TEDH se convierten en el intérprete auténtico del alcance de estos derechos en el caso concreto.

En ese contexto la discusión acerca de si el Convenio se ha ratificado con fundamento en el art. 93 CE (atribución de competencias constitucionales a instancia internacional, es decir, cesión de soberanía) o en el art. 94 CE (Tratados que afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución), si bien en su arranque podría situarse más en el ámbito del segundo de los preceptos, con la evolución que ha tenido tras sucesivas reformas su texto y su implementación por parte del ordenamiento nacional interno lo acaban decantando más a situarse en el ámbito del primero de los preceptos³². En efecto, a partir del análisis que haremos a continuación, del que deriva la eficacia de cosa interpretada de las sentencias del TEDH, la adicional eficacia de cosa juzgada de tales sentencias e incluso la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias al Estado español que debe abonar al particular lesionado, todo confluye en que por todas estas vías se ha acabado atribuyendo a una institución internacional (el TEDH) el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Dicho de otro modo, el Convenio como tal en su origen no abocaba a ese resultado, pero acumulado los cambios que ha experimentado el mismo con el paso del tiempo junto al modo como ello se ha materializado a día de hoy en nuestro ordenamiento interno, acaba desembocando en este resultado. En definitiva, a resultas de ambos elementos jurídicos –cambio del texto del Convenio y desarrollo por parte del ordenamiento interno– se le acaba atribuyendo desde la perspectiva española al TEDH competencias estrictas de ejercicio de actividad jurisdiccional, constitucionalmente atribuidas a los órganos judiciales instituidos por el propio texto constitucional (arts. 117 CE). Un precepto como es el art. 93, esencialmente concebido en su origen para permitir la en su momento ya prevista incorporación a las instituciones de la Unión Europea, puede entenderse que no se agota en ese terreno y ha permitido también que el TEDH haya acabado asumiendo funciones jurisdiccionales en el sentido estricto del término como pasamos a justificar a continuación.

³² Con referencia a tal debate, Rodríguez Boente, 83 argumentos..., op. cit., pgs.99 ss.

3.2. La eficacia de cosa interpretada

La primera diferenciación que se suele hacer en esta materia es la de distinguir entre efectos de cosa interpretada y efectos de cosa juzgada, en su inicio para afirmar que las sentencias del TEDH gozaban de eficacia de cosa interpretada pero no de cosa juzgada³³. La eficacia de cosa interpretada tendría un valor de futuro, en tanto que la de cosa juzgada lo tendría de pasado. En concreto, el efecto de cosa interpretada comporta que el Tribunal a través de sus sentencias ha asentado una doctrina acerca del sentido y alcance del ejercicio de un determinado derecho, doctrina que se convierte en la interpretación auténtica del Convenio, que debe ser asumida como de obligado respeto para sucesivos asuntos de similares características que deban ser enjuiciados por los órganos judiciales competentes. Por eso, hablamos de valor de futuro, en cuanto que condiciona los futuros pronunciamientos de los Juzgados y Tribunales del orden social en nuestro sistema nacional en la correspondiente materia.

La eficacia de cosa interpretada, de este modo, se convierte en la primera manifestación de la fuerza obligatoria de las sentencias establecida en el Convenio (art. 46.1) y, dentro de nuestro ordenamiento como ya hemos indicado, deriva directamente de la previsión contenida en el texto constitucional, en el sentido de que las normas relativas a derechos fundamentales se han de interpretar conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE).

Más aún, la eficacia de cosa interpretada se encuentra perfectamente delineada en nuestro sistema procesal laboral, al fijar el modo cómo puede controlarse que efectivamente se respeta de manera efectiva. En concreto, entre nosotros rige la regla de que puede interponerse un recurso de casación por unificación de doctrina, alegando como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos generales referidos a la pretensión de tutela de tales derechos (art. 219.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS). Es claro que esa referencia genérica a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos va directamente referida al Convenio y a las sentencias del TEDH. Varios comentarios aclaratorios son oportunos en relación con lo establecido en el precedente precepto.

Debe destacarse que dicho precepto no se limita a dar cumplimiento al compromiso asumido por España con la ratificación del Convenio (art. 46.1), sino que va más allá de ello en la línea marcada por nuestro texto constitucional (art. 10.2). No debe pasar inadvertido que el Convenio de manera expresa sólo establece la fuerza obligatoria de acatamiento de las sentencias del Tribunal “en

³³ García Murcia, *Virtualidad en el ordenamiento...*, op. cit., pg. 9

los litigios en que sean partes” los correspondientes Estados miembros. Dicho en sentido negativo y de manera específica, conforme a esta regla, España sólo estaría obligada a acatar sentencias en las que la demanda se haya dirigido contra nuestro país, pero no para las que se haya dictado respecto de otros países. Es claro que esta diferenciación no se contiene en la norma procesal laboral española, que se refiere genéricamente a la doctrina establecida por las sentencias del TEDH, con independencia de que refieran o no a asuntos en los que fue demandada España, por lo que es indudable que cabe alegar cualquier sentencia del Tribunal para interponer el recurso de casación. Este criterio ampliatorio, aunque no viene impuesto por el Convenio, tampoco se opone al mismo. Más aún, razones de economía procesal convierten en muy oportuna esta fórmula extensiva de la norma española, ya que de concurrir los elementos de identidad en las conductas objeto de enjuiciamiento con un asunto de otro país, si los órganos nacionales no atendieran la doctrina del TEDH el asunto daría pie a presentar la demanda ante este Tribunal, que por coherencia de su doctrina la reiteraría. Con ello se evitan dilaciones indebidas del proceso, cuando puede asegurarse cuál va a ser el fallo final y, por ello, hablamos de razones de economía procesal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no nos encontramos ante un auténtico recurso para la unificación de doctrina, por mucho que procedimentalmente el legislador haya decidido canalizarlo por esta vía. En este caso el recurso tiene más concomitancias con la casación ordinaria que con la casación unificadora, por dos motivos básicos. Primero, que la casación no precisa de la búsqueda de una segunda sentencia de contraste dictada por órgano judicial nacional que se haya pronunciado en sentido inverso, sino que basta con tomar como referencia la contradicción entre la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia y la doctrina del TEDH. Segundo, hecho más relevante, en estos casos la sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado (art. 219.2 LRJS). Dicho de otro modo, el razonamiento de la sentencia en estos casos se tiene que limitar a lo que viene a ser la primera fase del análisis de la casación unificadora; es decir, se tiene que limitar a comprobar si efectivamente a la vista de los hechos concurrentes se aprecia la presencia o no de la contradicción, entre la sentencia del TSJ y la doctrina del TEDH; pues caso de que constate dicha contradicción, está abocada a dictar una sentencia estimatoria de la casación, sin que le quepa margen alguno para valorar cuál es la doctrina correcta, como es técnica típica de la casación unificadora, dado que ésta siempre será la del TEDH. Dicho de otro modo, la doctrina unificada ya ha sido dictada por el TEDH, pues su sentencia goza de eficacia de cosa interpretada, y el Tribunal Supremo se tiene que limitar a acatar la sentencia del TEDH, siendo su único margen de apreciación constatar si efectivamente hay o no identidad entre los hechos objeto de la sentencia del TSJ y los correspondientes del TEDH.

Eso sí, en hipótesis nada impediría que el recurso de casación por unificación de doctrina así interpuesto incorporase varios motivos de impugnación; es decir, que junto al precedente de contradicción con la doctrina del TEDH, se aleguen otros relativos a la contradicción habitual con otras sentencias de órganos judiciales nacionales, sin que exista impedimento alguno para esta fórmula de motivación múltiple o acumulada en la medida en que puede tratarse de un proceso donde no concurra la sumariedad cualitativa sólo exigida para modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales (art. 178.1 LRJS). Lógicamente en estos últimos casos, por lo que afecta a las otras motivaciones el TS sí que adoptaría su habitual técnica de doble análisis: concurrencia efectiva de la contradicción y determinación de la doctrina correcta.

Para cerrar el comentario de este precepto, precisar lo que quiere decir el legislador cuando exige que, como requisito de admisibilidad a trámite del recurso, se deben cumplir los presupuestos generales referidos a la pretensión de tutela de tales derechos (art. 129.2 LRJS). A nuestro juicio ello supone exclusivamente que desde el punto de vista procedimental las sentencias a impugnar deben ser las dictadas en suplicación por las salas de lo social de un TSJ.

En esas condiciones, habría que preguntarse si existe algún tipo de procedimiento asimilado de control de la convencionalidad interna, en su vertiente de garantía de la eficacia de cosa interpretada, respecto de las sentencias y resoluciones dictadas en instancia por las salas de lo social de los TSJ, así como de las igualmente dictadas en instancia por la sala de lo social de la Audiencia Nacional, a las que no les resultan de aplicación los preceptos relativos al recurso de casación para la unificación de doctrina. Recordar que para la impugnación de este tipo de resoluciones lo que procede es la interposición del recurso de casación ordinario (art. 206 LRJS). A nuestro juicio, la respuesta sería afirmativa, por cuanto que sería posible interpretar que cabría motivar la impugnación por infracción de la “jurisprudencia” que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate (art. 207 e LRJS). Una interpretación sistemática de este precepto con el ya analizado respecto de la específica motivación de la casación unificadora (art. 219.2 LRJS), nos llevaría a entender que para éste último precepto la doctrina del TEDH también es jurisprudencia, pues goza de eficacia de cosa interpretada, y carecería de toda lógica jurídica que no tuviese también la condición de jurisprudencia para la casación ordinaria cuando la tiene para la casación unificadora. Por lo demás, es cierto que cuando conocen en instancia TSJ y Audiencia Nacional lo hacen respecto de pretensiones relativas a conflictos colectivos, pero ello tampoco puede constituir un obstáculo por cuanto que es posible que la lesión del derecho o libertad tutelado por el Convenio sea de carácter colectivo, al mismo tiempo que el propio Convenio contempla la hipótesis de que el demandante ante el TEDH puede ser una organización no gubernamental o grupo de particulares

(art. 34), como es propio de los procesos de conflictos colectivos y no sólo una persona física como es propio de las pretensiones individuales.

Por último, aunque no exista una previsión expresa para la posible actuación por parte de nuestro Tribunal Constitucional, ha de tenerse en cuenta que el juego combinado de los ya mencionados preceptos del Convenio (art. 46.1) y del texto constitucional (art. 10.2 CE) constituyen el fundamento general de la eficacia de cosa interpretada que también alcanzaría al Tribunal Constitucional. En definitiva, éste también lo deber acatar en la resolución de los posibles futuros recursos de amparo que se le presenten con esta motivación; así lo hace efectivamente en la práctica y, de lo contrario, arriesga a que sus resoluciones sean objeto de demanda ante el TEDH.

3.3. La eficacia de cosa juzgada y reglas de legitimación procesal

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que mientras que las sentencias del TEDH gozan de eficacia de cosa interpretada, sin embargo conforme al Convenio a las mismas no se les tiene que atribuir eficacia de cosa juzgada. La eficacia de cosa juzgada en estos casos la tendría la sentencia dictada por los diferentes órganos judiciales nacionales internos contra la que se interpone la demanda ante el TEDH. La resolución del órgano judicial interno sería ya firme e inatacable su fallo, por mucho que la sentencia del TEDH tuviera fuerza obligatoria. En estos términos sería posible establecer el simil con las categorías procesales nacionales, la sentencia del TEDH resolvería un a modo de “recurso en interés de la ley”, pues tendría eficacia de cosa interpretada pero no de cosa juzgada; tendría efectos vinculantes de futuro, pero no podría tener impacto de pasado sobre el litigio ya resuelto por medio de una sentencia firme por parte del órgano judicial interno.

Entre las razones que avalarían la negación de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH se encontrarían resumidamente las siguientes: encontrarnos ante un Tribunal de naturaleza internacional que no supranacional, el carácter declarativo de la sentencia que no de condena de la misma, el hecho de que la parte demandada es el Estado miembro y para los casos laborales de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales no lo es el empleador o el particular victimario, la previsión de una posible sanción pecuniaria impuesta al Estado miembro por vía del arreglo equitativo previsto en el Convenio que analizaremos posteriormente que compensaría al perjudicado o dañado por la violación del derecho humano o libertad pública que actuaría como compensación por la ausencia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH y por ende por el mantenimiento de la firmeza de la sentencia dictada por el órgano judicial interno.

A resultas de todo lo anterior, la doctrina del TEDH viene declarando que la fuerza obligatoria de sus sentencias prevista en el Convenio se puede materializar

por diversas vías, que quedan a criterio de cada ordenamiento nacional interno, considerando que ello no exige necesariamente que la fuerza obligatoria desemboque en atribuir eficacia de cosa juzgada a sus sentencias. Igualmente, nuestro Tribunal Constitucional inicialmente se ha pronunciado en la misma línea.

Eso sí, con el paso de tiempo también en esta materia el panorama jurídico ha ido evolucionando, de modo que progresivamente se ha detectado que existe una cierta incoherencia entre un pronunciamiento claro por parte del TEDH de violación de un derecho reconocido en el Convenio y el hecho de que ello no tenga repercusión material sobre el sujeto lesionado.

El primer paso evolutivo se verificó a partir del momento en el que una reforma del Convenio, que entró en vigor a finales de 1998, condujo a que también sujetos particulares, una persona física, pudiera presentar una demanda ante el Tribunal (art. 34). Si esta ampliación de la regla de legitimación activa se conecta con el proceso ya analizado del reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, conduce a una cierta percepción de cierta incompreensión por parte de la ciudadanía de que todo ello al final no altere la situación de hecho o la conducta que ha provocado la lesión del derecho.

Para ser más precisos, aunque hemos indicado que la eficacia de cosa juzgada se orienta hacia el pasado, hacia las conductas ocasionaron la lesión del derecho o libertad, lo cierto es que tales conductas pueden seguir teniendo proyección de presente, incluso de futuro. Por ello, la percepción de incompreensión se puede acentuar en estos casos en los que se mantendría la cosa juzgada firme de la sentencia del órgano judicial interno. Ha de tenerse muy presente que conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, en consonancia con la de otros Tribunales de idénticas características, debe tenderse al resarcimiento '*in integrum*' del derecho fundamental lesionado, cosa que sólo se logra con la declaración de nulidad radical a todos los efectos de la conducta lesiva y, en particular la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (art. 182 LRJS). Por todo ello, el mantenimiento de la firmeza de la cosa juzgada de la sentencia del órgano judicial interno provoca un reproche de injusticia material que habría que valorar la posibilidad de que el ordenamiento jurídico lo atendiese.

A tal efecto, debe señalarse que, aunque la doctrina del TEDH y de nuestro propio TC es que la fuerza obligatoria de las sentencias del primero no impone su eficacia de cosa juzgada, en los mismos términos el Convenio no impide ni prohíbe que el ordenamiento interno de cada Estado miembro vaya más allá de los compromisos internacionales asumidos por la ratificación del Tratado. En concreto, que lo anterior no se opone a que la legislación española pueda incorporar la eficacia de cosa juzgada de las sentencias del TEDH.

Y precisamente esto es lo que se ha llevado a cabo a través de la reforma en 2015 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ). En efecto, conforme a la misma se prevé la posibilidad de que a resultas de las sentencias del TEDH se pueda interponer un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, por medio del cual éste proceda a corregir la sentencia que fue objeto de la demanda ante el TEDH: “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”³⁴.

Varios breves comentarios a la presente novedad.

Es claro que, al tratarse de un recurso de revisión, la sentencia que se dicte tiene capacidad de alterar el fallo de la sentencia revisada, de modo que se rompe con la firmeza de la sentencia recurrida y, con ello, se abre paso a otorgar indirectamente efectos de cosa juzgada a la sentencia del TEDH.

A los efectos que nos interesa destacar por el objeto de nuestro estudio, el precepto va referido expresamente a todos los órdenes jurisdiccionales y, por tanto, también afecta a las sentencias dictadas por el orden social de la jurisdicción. En estos términos, resulta indiferente que no se haya modificado el precepto específico relativo al recurso de revisión en el orden social (art. 236 LRJS), por cuanto que el mismo se limita a remitirse a los motivos de revisión contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), norma esta última que sí ha sido actualizada. Esa actualización se limita a incorporar esta novedad, transcribiendo prácticamente de manera literal lo señalado previamente respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el único añadido de que la sentencia no puede “perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”³⁵.

De otro lado, la dicción del precepto no es de admisión universal de la revisión de la sentencia. La misma tiene un carácter restringido, sólo en esa perspectiva de que la sentencia a revisar no sólo puede tener efectos de pasado, sino como ya hemos advertido también es posible que sus efectos persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. Por mencionar el ejemplo más típico en el ámbito laboral, si la conducta lesiva del derecho o de la libertad se materializó a través de un despido, es posible que el trabajador no haya

³⁴ Art. 5 bis Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por el apartado 3 del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio).

³⁵ Apartado 2 del art. 510, añadido por la disp. final 4ª. 13 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio).

retornado a su puesto de trabajo, mientras que tal reposición al momento anterior es propio de las sentencias de condena por lesión de derechos fundamentales en la lógica de lograr la restitución ‘*in integrum*’ del derecho. Parafraseando al legislador, la reposición al momento precedente en estos casos se convierte en el único modo de satisfacción del trabajador sin que quepa ningún otro que no sea mediante esta revisión. Por ello, ha de entenderse que en estos casos procede interponer el recurso de revisión y, con el mismo, atribuir efecto de cosa juzgada a la sentencia del TEDH.

Por lo demás, desde la perspectiva de la limitación añadida en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de entenderse que el empleador no es un “tercero” a quien se le pueda perjudicar en sus derechos adquiridos; a partir del momento en el que el TEDH acepta la eficacia entre particulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, el empleador deja de ser un tercero para convertirse en el sujeto que provoca la violación del derecho o libertad.

El único escollo que faltaría por superar es la posible incoherencia que se produce entre el posible efecto de cosa juzgada de la sentencia y los sujetos integrantes de la relación procesal, particularmente cuando se trata de un asunto laboral donde actúa la eficacia entre particulares de los derechos y libertades del Convenio. Esa incoherencia deriva del hecho de que el diseño del proceso ante el TEDH se construye sobre la premisa de una sentencia que no tiene efectos de cosa juzgada y, por añadidura, pensando en su inicio que quien provoca la violación es el Estado miembro y no son los particulares. En esa lógica, se comprende que la parte demandada ante el TEDH sea en todo caso el Estado miembro del Consejo de Europa (art. 34), que las sentencias se comuniquen a su Comité de Ministros, para que a su vez éste se encargue de velar por la ejecución de la sentencia (art. 46.2). Como indicamos las personas físicas perjudicadas podrán ser demandantes en el proceso, pero el demandado lo será siempre el poder público estatal; es decir, demandante lo podrá ser el trabajador por lo que afecta a derechos en los actúe la eficacia entre privados, pero no se contempla la hipótesis de que el demandado sea el empleador. Como ya advertimos en su momento la demanda ante el TEDH no tiene el carácter de recurso de amparo, siendo una de sus manifestaciones que el empleador no puede ser demandado a diferencia de lo que si sucede en el recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional.

El problema que puede plantear esa incoherencia, entre la composición de la relación procesal y la posible interposición del recurso de revisión, se sitúa en el hecho de que el juego combinado de reglas que funciona con dos lógicas diferenciadas puede acabar provocando una indiscutible indefensión al empleador, de tal gravedad que puede lesionar su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Debe tenerse en cuenta que, al atribuirle por esta vía la LOPJ efectos cosa juzgada a la sentencia del TEDH, la sentencia de revisión no puede entrar en el análisis de la corrección o no de la doctrina sentada por el TEDH. Debiendo

acatarla necesariamente, no puede abrirse el debate procesal de lo ya decidido por el TEDH, de modo que en esa fase el empleador, aunque sería parte procesal a todos los efectos del recurso de revisión, tendría considerablemente limitadas sus alegaciones, por cuanto que igualmente limitadas son las facultades decisorias por parte del Tribunal Supremo al resolver la revisión. Procesalmente ya sería tarde para que el empleador pudiera alegar de contrario respecto de la corrección de su conducta en relación con el derecho y libertad reconocidos en el Convenio. Dicho de otro modo, la sentencia de revisión se debería limitar a constatar que el asunto trae su causa de la sentencia que provocó la demanda ante el TEDH y, en su caso, comprobar si persisten los efectos lesivos y los mismos no pueden cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, además de excluir la afectación a los derechos adquiridos de buena fe por parte de terceros; pero, insistimos, todo ello siempre sobre la premisa del obligado acatamiento de lo resuelto por el TEDH.

A la vista de ello, a nuestro juicio, la única forma de superar este escollo y evitar la posible indefensión judicial sería la de traer al proceso al empleador en estos casos en los que concurre la eficacia entre particulares de tales derechos y libertades. A nuestro juicio el texto vigente del Convenio permite superar el presente escollo procesal. En concreto, el mismo contempla que en interés de una buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal puede invitar “a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista” (art. 36.2). A pesar de que el precepto refiere a este sujeto por relación con el demandante, pensando que por tanto ese tercero lo hará en una posición del coadyuvante del demandante pues la lógica de las conductas lesivas de los derechos y libertades que provienen del poder público sólo tienen como contraparte al Estado, nada impediría una lectura actualizada del precepto. Una lectura actualizada a partir del reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos y libertades del convenio, que conduciría a admitir la incorporación de los terceros en la posición ahora de coadyuvante del poder público.

Probablemente todo esto está llamando a un perfeccionamiento, sea por vía interpretativa o mejor por vía de reforma del Convenio, tal como manifestaremos en el apartado final de este estudio. Pero, ello no impide que con la redacción actual pueda salvarse el problema que estamos tratando. Bastaría en una lectura finalista del precepto entender que cuando se produzca esta circunstancia, el Estado demandado que incorpore la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH ha de proceder a notificar la interposición de la demanda al particular presunto violador del derecho o libertad, para que éste a su vez pueda solicitar su personación en el proceso ante el TEDH; al tiempo que igualmente con una lectura finalista del Convenio se interprete que en estos casos el Presidente del Tribunal no “podrá” sino que “deberá” invitar al empleador como tercero para

que presente sus observaciones y participe en la vista. Se trataría en un modo de litisconsorcio pasivo voluntario del empleador, que podrá incorporarse al proceso y que si renuncia a hacerlo ya no podrá alegar indefensión en base a lo indicado.

La última incertidumbre que puede provocar el recurso de revisión previsto por la LOPJ reside en un posible desacople entre la sentencia objeto de revisión y el último pronunciamiento judicial interno que haya desencadenado la demanda ante el TEDH. En concreto, teniendo presente que esta demanda ante el Tribunal sólo puede producirse después de agotar todas las vías internas, de ordinario la última resolución que se dicta, sentencia o auto, será la correspondiente del Tribunal Constitucional, mientras que en nuestro ámbito las sentencias objeto de revisión son las dictadas por los órganos del orden jurisdiccional social o contra laudos arbitrales firmes (art. 236.1 LRJS). Dicho en sentido contrario, lo que no cabe en ningún caso es interponer un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo frente a resoluciones del Tribunal Constitucional.

A la vista de este detalle, aparentemente no menor, podría concluirse en la generalidad de los casos no procedería interponer el recurso de revisión. Y, sin embargo, a nuestro juicio, este problema también sería superable en las más de las ocasiones, si partimos de una interpretación de sentido común, considerando que el legislador no ha podido introducir una reforma procesal que está abocada al fracaso en la práctica. Es oportuno efectuar una interpretación contextual y finalista que también nos permita superar este último inconveniente.

A tal efecto, conviene tener presente que cuando un asunto de estas características llega al TEDH, es porque en la práctica totalidad de los casos el Tribunal Constitucional, al desestimar el amparo solicitado, procede a confirmar una sentencia de un órgano del orden jurisdiccional social que se ha pronunciado en la misma línea en el fondo del asunto y como tal también ha ido en contra de la doctrina del TEDH. El asunto en amparo en materia laboral nunca llega en primera lectura al TC sino que previamente ha pasado por el enjuiciamiento de un órgano del orden social. Por ello, lo que está contemplando la LOPJ, por lo que afecta a las cuestiones laborales y de Seguridad Social, es la interposición del recurso de revisión de la sentencia dictada por el órgano del orden social precedente y, por tanto, la posibilidad de anulación de dicha sentencia en revisión, sin necesidad de entrar por ello en la revisión de la sentencia constitucional. Insistimos ello no tiene que plantear problema especial desde la perspectiva procesal, por mucho que pueda tener un cierto rasgo de heterodoxia en el *iter* del asunto, dado que el Tribunal al inadmitir el recurso de amparo o desestimarlo no contiene fallo novedoso respecto de lo decidido por el órgano del orden social y la fundamentación jurídica que podría contener deja de ser relevante cuando la doctrina asentada en estos casos es la dictada por el TEDH.

Sólo en una hipótesis excepcional podría producirse una novedad a partir de la sentencia del TC, siendo ella la que vulnera por primera vez un derecho

del Convenio, al margen de la intervención del órgano nacional del orden social. Sucedería ello cuando la tramitación del recurso de amparo ante el TC hubiese vulnerado el derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio (art. 6). Eso sí, en estos casos, el problema no sería estrictamente de carácter laboral sino genérico del derecho a la tutela judicial efectiva en sede constitucional. Habrá ciertamente que darle una respuesta a este asunto tan específico, pero desde luego no es algo que afecte de manera singular a los derechos laborales, que constituye aquí el centro de nuestra atención. Eso sí, decir en todo caso, que para estos supuestos no procede el recurso de revisión previsto en la LOPJ, y ninguna norma ni del Convenio ni del ordenamiento contempla hasta el presente la cosa juzgada de la sentencia del TEDH, por lo que no sería viable mantener el formato tradicional y compensarlo con el arreglo equitativo de la sentencia del TEDH que justamente pasamos a analizar a continuación.

Suficientemente precisa y actualizada se encuentra la regulación del desarrollo del procedimiento del recurso de revisión, conforme a las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en estos casos resultan plenamente aplicables cuando se refiere a la revisión de una sentencia del orden social de la jurisdicción. Lo podemos resumir del modo siguiente.

La legitimación activa para la interposición del recurso de revisión corresponde a quien hubiera sido demandante ante el TEDH (art. 511 LEC). Nada se dice respecto de quien asume la posición de legitimado pasivo, pero ha de darse por supuesto que debe ser quien asumió la condición de parte demandada en el proceso laboral del que trae causa la sentencia impugnada. La solicitud de revisión debe formularse en el plazo de un año desde que adquiriera firmeza la sentencia del TEDH (art. 512.1 LEC). Se contempla un trámite de contestación a la demanda de revisión en el plazo de veinte días, emplazándose a cuantos en él hubieren litigado (art. 514.1 LEC), convocándose a continuación a las partes para una vista (art. 514.2 LEC) y debiendo informar en todo caso el Ministerio Fiscal antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda (art. 514.3 LEC).

Lo más significativo de toda esta tramitación refiere al contenido del fallo de la sentencia resolutoria de la revisión: si el Tribunal Supremo estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindiré la sentencia impugnada, mandando a continuación devolver los autos al Tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente (art. 516.1 LEC). Naturalmente como en estos casos, la cuestión de fondo relativa a la vulneración del derecho o libertad del Convenio ha quedado zanjada por el TEDH, la sentencia de revisión apenas debe entrar en la comprobación de los elementos formales del asunto, sin poder entrar en la cuestión de fondo. Dicho de otro modo, la sentencia de revisión se limita a dictar un fallo de mero alcance procesal, consistente exclusivamente en la rescisión de la sentencia recurrida, lo

que determina que las actuaciones se retrotraen al órgano que dictó en su momento la sentencia ahora recurrida.

En estos términos, el órgano del orden social al que se retrotraen las actuaciones deberá proceder, tras el correspondiente acto de juicio, a dictar un nuevo fallo, eso sí una vez más sobre el presupuesto de que la violación del derecho o libertad constituye cuestión ya resulta sobre la cosa juzgada derivada de la sentencia del TEDH. Tratándose de un litigio en el que lo que se ha resuelto por la sentencia del TEDH es una lesión de un derecho fundamental o libertad pública, lo que procede es que ahora el órgano del orden social dicte sentencia estimatoria, con el contenido típico de los fallos de esta naturaleza, que implica a todos los efectos una resolución de restitución *'in integrum'* del derecho vulnerado: declaración de la existencia de la vulneración del derecho, declaración de nulidad radical de la actuación lesiva, orden de cese inmediato de la actuación contraria de persistir la misma, restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (art. 182.1 LRJS). La relación pormenorizada del contenido del fallo resulta especialmente importante a los efectos de lo que se concluirá a continuación respecto del posible pronunciamiento por parte del TEDH respecto de la satisfacción equitativa, al punto que como precisaremos será imprescindible establecer la necesaria interinfluencia entre la nueva sentencia dictada por el órgano del orden social tras la sentencia de anulación dictada a resultas del recurso de revisión y la satisfacción equitativa que en su caso pudiera establecerse en la sentencia del TEDH.

3.4. El arreglo equitativo

Más allá de la habitual consideración del carácter declarativo de la sentencia del TEDH, lo cierto es que diversos elementos se orientan en una dirección bastante diversa, especialmente reforzado a resultas de las prácticas cada vez más asentadas en los fallos de tales sentencias. Precisamente en ese terreno se mueve la posibilidad prevista dentro del Convenio de que el Tribunal acuerde un arreglo equitativo para atender al daño provocado al particular lesionado con la conducta violadora del derecho o libertad. En concreto lo que se contempla en el texto del Convenio es que, si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa (art. 41).

La expresión satisfacción equitativa en realidad es un simple eufemismo para indicar que la sentencia del TEDH puede proceder a imponer al Estado miembro que ha violado los derechos del Convenio una sanción económica, que tenga el

carácter de indemnización al demandante perjudicado por parte del poder público del correspondiente Estado miembro. Ejemplos de sentencias del TEDH que fijan este tipo de cantidades indemnizatorias inicialmente eran escasas, pero hoy en día son bastante frecuentes, con ejemplos emblemáticos respecto de asuntos de naturaleza laboral, incluso referidas a demandas relativas a nuestro país³⁶.

Se trata de una indemnización que correspondería abonar al Estado a favor del demandante perjudicado en la cuantía con precisión fijada por la sentencia del TEDH. Desde el punto de vista del ordenamiento interno, se correspondería con las indemnizaciones debidas por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en los términos constitucionalmente previstos (art. 121 CE), con la única especialidad de que en este caso su cuantía no es fijada por Ley sino por el TEDH. En sentido negativo, incluso cuando se trate de violaciones de derechos laborales fundamentales en los términos protegidos por el Convenio, violaciones que traen su causa última en una conducta de un privado (empleador en las más de las ocasiones) en el marco una vez más de las relaciones entre particulares, el condenado al pago de la indemnización sería el Estado y no el particular. Más aún, ha de entenderse que el obligado directo al pago es el poder público estatal, sin que este pueda proceder a repetir vía reclamación el pago de la indemnización al particular el abono final de la cantidad fijada por el TEDH. Tal fórmula sería viable de futuro, pero requeriría un cambio legislativo expreso por parte de nuestra normativa nacional. Pero en estos momentos tal repetición no es viable, por cuanto que ello requeriría una previsión legal expresa dentro de nuestra legislación nacional vigente, que en estos momentos no existe. A mayor abundamiento, esa repetición hoy en día no es viable teniendo presente que la caracterización jurídica de la indemnización impuesta al Estado encuentra su fundamento jurídico en estos momentos en un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y, por tanto, se configura como una manifestación específica de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Eso sí, conviene llamar la atención respecto de la importancia del presupuesto habilitante de la imposición por parte del TEDH de la indemnización en base al principio de satisfacción equitativa. En efecto, la satisfacción equitativa tiene como presupuesto que el derecho interno del Estado en cuestión sólo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación. Por tanto, no es una indemnización que proceda en todo caso; más aún, en base al principio de subsidiariedad, debe interpretarse que sólo cabe como excepción respecto de aquellos Estados en los que no sea posible la plena reparación de las consecuencias de la violación. Ello presenta la dificultad de que la intervención en estos casos por parte del TEDH no puede ser uniforme y depende de la normativa interna de cada uno de los países, lo que obliga al Tribunal a tener un conocimiento

³⁶ STEDH 19 de febrero de 2013, asunto *García Mateos*; STEDH 9 de enero de 2018, asunto *López Ribalda* y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413.

bastante pleno de la situación de cada normativa nacional. El Convenio no exige que la imposición de la indemnización lo sea a petición del demandante; aunque sea habitual que se efectúe a petición del demandante, hay casos en los que el propio TEDH lo ha impuesto por propia iniciativa sin petición previa³⁷. Cuando es el resultado de una petición previa, se entiende que corresponde al propio demandante justificar que concurre el marco legal interno de imperfección que lo justifica y la cuantía que corresponde. En todo caso, la dificultad se sitúa en el hecho de que al ser de ordinario en la sentencia cuando se fija la cuantía de la indemnización, se actúa un poco a ciegas, por cuanto que no se sabe en el caso concreto el alcance de la reparación acordada por el Estado afectado. Se suele entender que la imposición de la satisfacción equitativa se puede producir en fase de ejecución, lo que podría salvar este problema³⁸; no obstante, lo más generalizado es que se produzca en el momento de dictarse sentencia, con lo que la dificultad es importante.

En todo caso, lo más importante es que el mecanismo de la indemnización impuesta como satisfacción equitativa, en base al principio de subsidiariedad, debe aplicarse exclusivamente en aquellos modelos nacionales donde no quepa la restitución '*in integrum*'. Tal satisfacción '*in integrum*' en los momentos actuales se presenta como la regla generalizada en nuestro ordenamiento interno en lo que afecta a las violaciones de los derechos fundamentales laborales, a la vista de lo que hemos indicado al final del apartado precedente respecto de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del TEDH, su posible materialización a través del recurso de revisión y de que la sentencia final de corrección del órgano judicial del orden social reparadora dicta un fallo de nulidad radical, de restitución a la situación precedente e incluso una indemnización por daños y perjuicios (art. 182.1 LRJS). En conclusión, en los más de los supuestos para lo laboral en los que quepa esa reparación perfecta vía el recurso de revisión y posterior sentencia del orden social, no procedería la satisfacción equitativa por parte del TEDH.

Por ello, llama la atención que en recientes sentencias del TEDH recaídas en esta materia para asuntos que afectan a nuestro país se sigan fijando cantidades indemnizatorias con posterioridad a la entrada en vigor en 2015 de la reparación perfecta a la que hemos hecho referencia. Eso sí, en la medida en que se mantengan estos pronunciamientos de imposición indemnizatoria por parte del TEDH para asuntos relativos a España donde quepa la reparación perfecta, lo que no puede producirse es un resultado de enriquecimiento injusto por parte de la víctima, que podría llegar a recibir dos indemnizaciones: una de la Administración Pública en cumplimiento de la sentencia del TEDH y otra del empleador a resultas de la última de las sentencias reparadora del orden social. En este escenario, siendo la

³⁷ Rodríguez Boente, 83 argumentos..., op. cit. pg. 111.

³⁸ García Murcia, Virtualidad en el ordenamiento..., op. cit., pg. 5. Martínez Miranda, Jurisprudencia social..., op. cit., pg. 358.

sentencia del orden social la última que se dictaría, ésta al efectuar el cálculo de la indemnización que procedería debería detraer la cantidad a recibir por la víctima en el marco de la cuantía impuesta por el TEDH, pues esa sería la única forma de evitar un resultado de enriquecimiento injusto.

Finalmente, aunque la situación generalizada sería que por la vía estudiada en el apartado precedente la víctima puede lograr una reparación perfecta y, por tanto, no procede la satisfacción equitativa de parte del TEDH, hay supuestos en los que indiscutiblemente la normativa interna puede presentar sus lagunas y no alcanzar a todos los supuestos una universal materialización de la reparación perfecta. Por mencionar los supuestos más emblemáticos al respecto, éstos se pueden presentar cuando el derecho violado sea el correspondiente al derecho a un proceso equitativo previsto en el Convenio (art. 6), es decir, lo que en terminología de nuestras categorías constitucionales constituye el derecho a la tutela judicial efectiva. En estos casos, desde luego, no nos enfrentamos al caso habitual en lo laboral de la eficacia entre privados, pues es el propio poder público quien provoca la violación del derecho y, por tanto, no cabe imponer carga de indemnización alguna al particular. Se trataría, eso sí, del típico supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como manifestación específica en los términos ya señalados de responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien en estos casos la regulación atiende a un procedimiento mucho más rígido y formalizado, que puede desembocar ciertamente en resultados de reparación imperfecta³⁹. Podrían presentarse también supuestos de cierta complejidad y algo extraños en los que el TEDH falla que se ha producido una violación de un derecho material, pero ello no podría abrir paso posteriormente a la anulación de la sentencia por vía del recurso de revisión contemplado en nuestro ordenamiento interno⁴⁰.

Última precisión, aunque el fundamento jurídico en nuestro ordenamiento interno de la indemnización por satisfacción equitativa impuesta por el TEDH se encuentre en la responsabilidad patrimonial de la Administración y del funcionamiento anormal de la Justicia, ello no comporta que hayan de seguirse los trámites procedimentales establecidos al efecto para la exigencia de esta responsabilidad. Aquí se presentan especialidades que no casan con el procedimiento de referencia. En concreto, aquí la indemnización ya viene predeterminada por la

³⁹ El procedimiento en los arts. 292 ss de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con su desarrollo en tramitación por parte de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (BOE 2 de octubre), de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, especialmente arts. 65, 67, 81.3, 91 y 92.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, el asunto no poco confuso y contradictorio en el que ante una práctica de videovigilancia ocultada al conocimiento de los trabajadores, declara que tal conducta es contraria al derecho al respecto a la vida privada de los empleados reconocida por el Convenio (art. 8) y sin embargo considera que la admisión como prueba procesal del material obtenido de la videovigilancia no es contraria al derecho a un proceso equitativo del Convenio (art. 6), por lo que desde el punto de vista procesal deviene firme e inatacable por vía del recurso de revisión el fallo que declaró la procedencia de los despidos en base a las pruebas practicadas en el proceso laboral (STEDH 9 de enero de 2018, asunto López Ribalda y otros, ECLI:CE:ECHR:2018:0109JUD000187413).

sentencia, mientras que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial se fija por vía administrativa, por añadidura con carga del perjudicado de demostrar el daño o perjuicio, así como su intensidad, carga que no se le puede imponer en este caso. El problema es que el ordenamiento interno español no contempla las adaptaciones procedimentales precisas al caso concreto.

4. LOS DESAFÍOS FUTUROS DE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA LABORAL

A partir del análisis efectuado hasta ahora cabe realizar una valoración de conjunto del texto del Convenio, de su aplicación por parte del TEDH, así como de la implementación que se ha llevado a cabo por parte del ordenamiento jurídico interno español. En esa valoración de conjunto cabe afirmar que se ha producido con el paso de los años una rica experiencia regulativa, interpretativa y aplicativa, que ha propiciado un proceso evolutivo, donde se ha verificado un importante proceso de abordaje de los derechos fundamentales laborales por parte de la jurisprudencia dictada por el Tribunal, a resultas de una lectura ampliatoria del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio; lectura ampliatoria en lo material, que ha venido acompañada de una evolución no menos importante desde la perspectiva del diseño de los instrumentos procesales idóneos para permitir un impacto real y efectivo de la jurisprudencia del Tribunal, sobre todo a resultas del asentamiento tanto de la eficacia de cosa interpretada como de la eficacia de cosa juzgada respecto de los derechos fundamentales laborales, cuando menos por lo que afecta al ámbito del ordenamiento laboral español.

A pesar de todo ello, ese proceso evolutivo se valora también como no cerrado, está inconcluso por cuanto que faltan algunos aspectos que deben ser afrontados en el inmediato futuro. En unos casos, se trata de carencias en el ámbito de la claridad interpretativa que debería zanjarse en el inmediato futuro. En otros casos se trata de deficiencias regulativas, que requerirían de algún retoque en la normativa de referencia. O bien, también se puede tratar de cierto tipo de decisiones políticas que profundizasen en los mecanismos de protección multinivel de los derechos fundamentales laborales en un escenario cada vez más acentuado de pluralismo constitucional. Sin poder entrar en estos momentos en una consideración detallada de los desafíos pendientes orientados a reforzar la eficacia de la jurisprudencia del TEDH, basta con una rápida enumeración de los mismos.

Dentro del tratamiento de los derechos fundamentales laborales la primera perspectiva a destacar residiría en el hecho de que el Convenio se diseña pensando en que es el poder público el referente principal como sujeto que impide o limita el disfrute de los derechos y libertades del Convenio. A pesar de que quede ya

plenamente consolidada desde el TEDH la eficacia entre privados de los derechos y libertades del Convenio, sin embargo ello no se traslada debidamente al momento de su articulación procesal y procedimental en el funcionamiento del Tribunal. Por tanto, el primer desafío a superar consistiría en sacar las consecuencias procesales y procedimentales de la garantía de la eficacia entre particulares, algo tan relevante para el ámbito de las relaciones laborales. Exigencia de articular debidamente la vertiente procesal y procedimental especialmente en relación con Estados como el español que han acabado por reconocer la eficacia de cosa juzgada a las sentencias del TEDH. Ello, en concreto, se debe plasmar en la necesaria incorporación al procedimiento del particular que con su conducta viola o limita el derecho fundamental laboral correspondiente. Ello es imprescindible para no provocar un efecto indeseado de indefensión procesal de este particular, lo que exigiría prever en la legislación interna el deber del Estado de trasladarle la demanda presentada ante el TEDH y fijar el deber del presidente del Tribunal de aceptar la personación, entendemos que como coadyuvante del Estado por parte del particular. Debería venir acompañado del reconocimiento de todos los derechos anejos a la condición de parte pasiva de la relación procesal, en términos de alegaciones y prácticas de pruebas.

Del mismo modo, sería imprescindible aclarar cuáles serían los efectos jurídicos derivados de un acuerdo amistoso de los previstos en el Convenio (art. 39), pues éste formalmente se presentan como un pacto a alcanzar entre el demandante y el Estado, que igualmente por su carácter de transacción procesal sólo podría vincular a quienes transan en el procedimiento. Por tanto, a ese acuerdo amistoso no podría atribuírsele eficacia entre particulares, es decir no se le podría imponer al particular que provoca la lesión del derecho, cuando éste no ha participado en el mismo, ni prestado su consentimiento a la correspondiente avenencia. A mayor abundamiento, no tratándose de una sentencia, sería imprescindible clarificar cuál sería su eficacia, pues desde luego no se encuentra vinculado por la fuerza obligatoria de las sentencias, cuando menos no gozaría en nuestro ordenamiento interno de eficacia de cosa juzgada a efectos de las relaciones entre particulares.

Del mismo modo, más allá de la interpretación finalista y sistemática que hemos defendido en el presente estudio, sería oportuno que la norma nacional interna incorporase de manera expresa la previsión de que también es posible la presentación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a las resoluciones en instancia de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional que provocaron la lesión del derecho fundamental laboral, recurso motivado en infracción de la jurisprudencia dictada por el TEDH, de modo que en estos supuestos también se garantice la eficacia de cosa interpretada de tal jurisprudencia.

Sería igualmente oportuno establecer el régimen procedimental interno de

satisfacción de la indemnización por daños y perjuicios en su caso acordada por el TEDH con forme al arreglo equitativo establecido en el mismo y, sobre todo, fijar la conexión entre dicha indemnización y la que en su caso pudiera establecer el orden social de la jurisdicción en cumplimiento del mandato interno de reparación '*in integrum*', sin que ello pueda provocar efectos indebidos de enriquecimientos injustos.

En otro orden de consideraciones convendría recordar el estado de bloqueo en el que nos encontramos, desde hace ya algunos años, en el objetivo de materializar el mandato contenido en el Tratado de la Unión Europea en orden a proceder a la adhesión al Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades públicas por parte de la propia Unión Europea (art. 6.2). Se trata de un compromiso solemnemente asumido por el derecho originario de la Unión, en absoluto un simple desiderátum, por lo que resulta obligado llamar la atención sobre la necesidad de que dicha adhesión se materialice, por mucho que no puede ocultarse que presenta indiscutibles dificultades técnicas. El bloqueo se produjo a pesar de que en su momento se llegó a alcanzar un preacuerdo, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se opuso al mismo por medio de un discutible Dictamen⁴¹. Aun cuando el Tratado de la Unión, precisa que tal adhesión no modificará las competencias de la Unión definidas en su derecho originario, desde luego la misma tendría una indudable trascendencia tanto por el sometimiento de las instituciones europeas al Convenio en el ejercicio de sus competencias, como porque ello propiciaría un diálogo más directo y enriquecedor entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, con un procedimiento institucionalizado ya de protección multinivel de los derechos fundamentales.

Para concluir, habría que destacar la importancia que supondría la ratificación por España del Protocolo 16 del Convenio, que entró en vigor a principios de agosto del año 2018, tras alcanzar el número mínimo previsto de diez ratificaciones entre los Estados miembros del Convenio⁴². Dicho Protocolo permite que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados que lo ratifiquen soliciten al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principios relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos, cuando la consulta se refiera a un asunto del que está conociendo dicho órgano jurisdiccional nacional⁴³. Se trata de un mecanismo que presenta bastantes similitudes respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial por

⁴¹ Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014.

⁴² Los Estados firmantes del Protocolo 16 en estos momentos son Andorra, Bosnia-Herzegovina, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Moldavia, Rumanía, Eslovaquia y Turquía.

⁴³ Sobre el particular, L. López Guerra, Los protocolos de reforma nº 15 y 16 al convenio Europeo de Derechos Humanos, Revista Española de Derecho Europeo nº 49 (2014), pgs. 11 ss. Alonso García, El juez nacional..., op. cit., pgs. 152 ss. Canosa Usera, El control de convencionalidad..., op. cit., pgs. 72 ss.

lo que se refiere a la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; bastantes similitudes en el sentido de que un órgano judicial nacional al resolver un asunto se le presentan dudas respecto de la interpretación correcta de alguno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de modo que acude al TEDH para obtener la interpretación auténtica del mismo previo a resolver el caso.

Se trata de un mecanismo de menor intensidad al previsto en el Derecho de la Unión, en la medida en que se restringen considerablemente los órganos jurisdiccionales que podrían plantear la consulta (se presume que en España quedaría restringido al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo, caso de ratificarse), la consulta es voluntaria en todo caso por parte del órgano nacional y la opinión emitida por el TEDH se prevé expresamente que no será vinculante. No obstante, su utilidad puede ser muy notable, porque establece un canal de diálogo eficaz entre unos y otros Tribunales, evita situaciones de mayor confrontación entre ellos, haría innecesarias medidas posteriores más traumáticas como serían la anulación de una sentencia de un órgano interno por vía de un posterior recurso de revisión, así como garantizaría una superior coherencia entre la jurisprudencia de los Tribunales nacionales y la correspondiente al TEDH. La no vinculabilidad constituiría un elemento más formal, pues es comprensible que por esta vía el TEDH estaría adelantando cuál sería su doctrina caso de que el órgano nacional no atendiera su opinión consultiva y su sentencia acabase en una demanda en el sentido estricto del término ante el TEDH. La única complejidad derivaría de que con esa consulta se alteraría la actual relación a cuatro bandas existente entre Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, TEDH y Tribunal de Luxemburgo. En efecto, el procedimiento de opinión consultiva puede provocar importantes fricciones, pues de un lado podría producirse una especie de *by pass* del Tribunal Supremo hacia el TEDH, saltándose a nuestro Tribunal Constitucional; del mismo modo que podría verificarse una cierta tensión derivada de plantear el incidente consultivo voluntario ante el TEDH en lugar de la cuestión prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Luxemburgo tanto por parte del TS como del TC. No se puede ocultar la gravedad de este problema, que debe quedar clarificado en la hipótesis de que España se decida por la ratificación del Protocolo 16, aunque tampoco se puede pensar que se trate de un conflicto ineludible e insalvable, pues cabría pensar en soluciones imaginativas que superen este problema. En definitiva, el procedimiento de consulta previo ofrecido por el Protocolo 16 ofrece notables ventajas en el avance en los procesos de diálogo por parte de las diversas instancias que protagonizan el fenómeno cada vez más rico de la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales, lo que aconseja proceder a su ratificación por parte del Estado español.