



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN
DE GRAO

AUTOR:
DIEGO FERNÁNDEZ VÁZQUEZ

Tutor:
EMMA MONTANOS FERRÍN

***DESPIDO LABORAL
POR EL USO DEL
VELO ISLÁMICO***

Grao en Derecho

Curso 2016/2017

Trabajo de Fin de Grao presentado en la Facultad de Derecho, centro de la Universidade da Coruña para la obtención del Grado en Derecho.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Índice

Antecedentes de hecho	3
I. El impacto de la inmigración en España.	5
1. Planteamiento.....	5
2. Población extranjera en España.	5
2.1. Evolución.	5
2.2. Distribución espacial o geográfica.	6
II. Aproximación a la libertad religiosa en el ámbito laboral.	7
III. Demanda presentada por la trabajadora Laura González contra la empresa Maca S.A. a causa de discriminación por el uso del velo islámico.....	9
1. Base jurídica y argumentos para la defensa de la trabajadora Laura González. ...	10
A) Vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa.	11
B) Existencia de discriminación por motivos religiosos.	17
2. Calificación del despido y nulidad de las sanciones a la trabajadora Laura González.	23
IV. Demanda contra la empresa Maca S.A. por daños y perjuicios psicológicos.	27
1. Mobbing laboral a la trabajadora Laura González por parte de sus compañeros de trabajo.	27
2. Delito de discriminación laboral del artículo 314 y de acoso laboral del artículo 173.1 del Código Penal.....	30
V. El uso de otros símbolos religiosos en el ámbito laboral.	33
1. En el caso de tratarse de un nikab o de un burka.	33
2. En el caso de tratarse de una cruz cristiana o de una kipá judía.	35
VI. Demanda presentada por la empresa Maca S.A. contra la “Asociación para la Defensa del Velo Islámico”.....	39
1. Campaña de boicot por parte de la Asociación.....	39
2. Posibles vías para demandar a la Asociación y perspectivas de éxito.	39
Conclusiones.....	43
Bibliografía.....	45
Apéndice Jurisprudencial	46
Apéndice Legislativo	47

Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CEDHLF	Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
CP	Código Penal.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
LJS	Ley de la Jurisdicción Social.
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa.
Núm.	Número.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
RAE	Real Academia Española.
SAP	Sentencia Audiencia provincial.
SJSO	Sentencia Juzgado de lo Social.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.

Antecedentes de hecho

DESPIDO LABORAL POR EL USO DEL VELO ISLÁMICO

Laura González, nacida en Lugo hace 30 años, trabaja como dependienta en los almacenes de ropa Maca, S.A., empresa que exige el uso de uniforme a sus trabajadores.

A mediados de verano, Laura decide casarse con su novio Alí, nacido en Marruecos y musulmán. A raíz de su matrimonio, Laura se convierte al islam, por lo que decide adoptar el uso de velo islámico (hiyab) en todos los ámbitos de su vida.

Antes de ir a trabajar por primera vez con el velo islámico, Laura decide hablar con Sandra López, encargada de recursos humanos, y le comenta la situación, a lo que esta última le asegura que no hay ningún tipo de problema ni impedimento en que use el velo islámico en el lugar de trabajo.

Laura González sigue desempeñando su trabajo como había hecho siempre. Sin embargo, “la atmósfera laboral” cambia y las relaciones con el resto de sus compañeros se vuelven muy tensas. Laura recibe burlas, comentarios a sus espaldas y quejas de sus compañeros, lo que le ocasiona una serie de episodios de ansiedad que influyen en su rendimiento laboral.

Tras una semana utilizando velo islámico en el trabajo, Sandra llama a Laura para comentarle que su jefe directo le había explicado que la política de la empresa prohibía cualquier tipo de indumentaria que no formase parte del uniforme.

Laura trató de explicar que el velo islámico no era una simple indumentaria, sino algo que simbolizaba su fe y su religión, y que era perfectamente equiparable su elección de usar hiyab a la de sus otros compañeros, que portaban colgantes de cruces en alusión a la religión cristiana. Sin embargo, Sandra reiteró su postura y le informó tajantemente de que el incumplimiento de las normas de la empresa podría acarrear en una sanción o amonestación e incluso el despido, tal y como estaba estipulado en la normativa interna de la empresa.

Pese a esto, Laura siguió usando el velo islámico, y, tras recibir varias sanciones y seguir desobedeciendo las indicaciones de Sandra, recibe finalmente una carta de despido alegando falta de disciplina y bajo rendimiento.

A raíz de esta situación, semanas después, Laura, que sufre de nuevo episodios de ansiedad que cada vez se agudizan más, decide acudir al médico donde le diagnostican depresión aguda.

A su vez, y durante esas semanas, la Asociación para la Defensa del Velo Islámico emprende una campaña de boicot a los productos distribuidos por Maca, S.A., lo que conlleva un descenso de las ventas de la sociedad del 50%.

Tras consultar con un abogado, Laura decide emprender acciones legales contra la empresa Maca, S.A., alegando despido improcedente por razones de discriminación religiosa. La empresa, por su parte, contacta con sus abogados para emprender acciones contra la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.

CUESTIONES

- 1) ¿Tiene base jurídica Laura para interponer dicha demanda? ¿Qué argumentaría usted para defenderla? Analice la procedencia o improcedencia del despido
- 2) Además de alegar despido injustificado, Laura interpone una demanda contra Maca, S.A., por daños y perjuicios psicológicos. ¿Sería jurídicamente oportuna esta demanda?
- 3) ¿Qué pensaría usted, si en vez del uso de hiyab en el puesto de trabajo, se tratase de un nikab o un burka?
- 4) ¿Ocurriría lo mismo si fuese una cruz cristiana o una kippa judía?
- 5) Analice las posibles vías para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico y sus perspectivas de éxito.

I. El impacto de la inmigración en España.

1. Planteamiento.

España desde el fin de la Dictadura Franquista, ha sido un país emigrante, es decir, que su población siempre ha tenido que emigrar a otros países (Suiza, Alemania, Argentina, Brasil, etc.) en busca de un empleo, ya que la industria existente de la época no se había desarrollado lo suficiente para ser capaz de absorber a toda la población activa española.

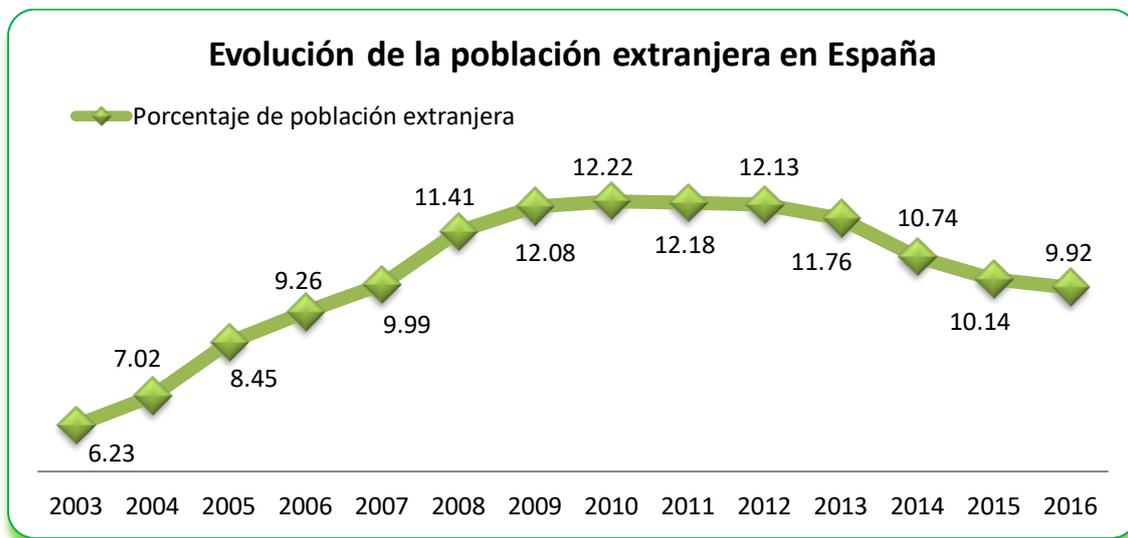
En la década de los años 80, el número de extranjeros censados en España era muy bajo. A partir de los años 90 y principalmente del año 2000, España ha experimentado en el ámbito de las migraciones un proceso de transformación que la ha llevado de ser un país de emigración a convertirse en un país de inmigración.¹

2. Población extranjera en España.

2.1. Evolución.

A finales del siglo XX y principios del XXI, España comenzó a gozar de una buena situación económica. Pasó de ser un país principalmente agrícola a desarrollar una industria fuerte. Esto provocó una mejora de las condiciones laborales con incremento de salarios, prestaciones de la SS, etc., que atrajo a mucha población extranjera, en busca de un empleo que le aportase una mejor calidad de vida o para residir durante su jubilación disfrutando del buen tiempo y playas españolas.

Pues bien, desde el año 2003 hasta el año 2016 la población extranjera en España se ha disparado llegando casi a duplicarse en el año 2010.



Según los datos emitidos anualmente por el Instituto Nacional de Estadística², podemos observar que la población extranjera en España ha experimentado un aumento

¹ GARRIDO RODRÍGUEZ, P.: *Inmigración y diversidad cultural en España*, Fundamentos, Madrid, 2014, p. 17.

² Fuente: elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Instituto Nacional de Estadística; (<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=01003.px>; consultado el 11/04/2017).

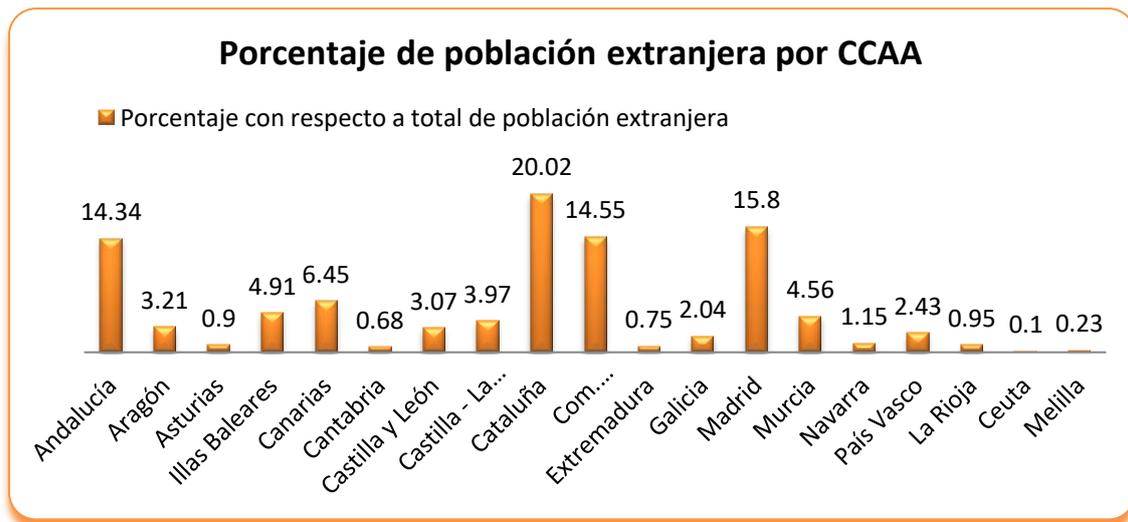
considerable desde el año 2003 hasta en 2010. Esto se corresponde con una época de estabilidad y crecimiento económico que vivió España hasta la llegada de la crisis económica en el año 2008.

La inmigración laboral en España tiene una importancia muy significativa durante este periodo. Ello se percibe si se observa que el 50% de los nuevos puestos de trabajo creados entre el 2000 y 2007 fueron ejercidos por trabajadores inmigrantes.³

Entre el año 2003 y el 2011 el porcentaje de la población extranjera residente en el país pasó del 6% al 12%, convirtiéndose España en el tercer país europeo con mayor número de extranjeros.⁴ A partir de ahí, podemos observar que la población extranjera se estanca y se mantiene aunque con un pequeño descenso hasta el año 2012. Posteriormente, debido a la crisis económica que elevó la tasa de desempleo a niveles altísimos, se produce un descenso considerable llegando al casi 10% de población extranjera.

2.2. Distribución espacial o geográfica.

Según los datos emitidos anualmente por el Instituto Nacional de Estadística⁵, podemos observar en esta gráfica la población extranjera en términos porcentuales con respecto a la población total en España.



Ello nos permite saber cuáles son las tres Comunidades autónomas con mayor número de extranjeros. Éstas son Cataluña, la Comunidad de Madrid y la Comunidad Valenciana que acogen el 50,37% de extranjeros. Destacamos que esto se debe principalmente a que los extranjeros buscan las grandes ciudades (Barcelona, Madrid y Valencia) con un gran núcleo de industria, para trabajar y para residir.

De cerca le sigue Andalucía (14,34%) con gran oferta de trabajo en las grandes plantaciones que ostenta y más alejadas pero con bastante población extranjera están los archipiélagos de Canarias e Islas Baleares donde acogen al 11,36% de los extranjeros que fundamentalmente buscan el sol y la playa para residir durante su jubilación.

³ GARRIDO RODRÍGUEZ, P.: *Inmigración y diversidad cultural en España*, op. cit., p. 19.

⁴ RODRIGUES, T.; FERREIRA, S. y GARCÍA, R.: *La inmigración en la península ibérica y los dilemas de la seguridad (1990-2030)*, IUGM, Madrid, 2015, pp. 73 – 74.

⁵ Fuente: elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Instituto Nacional de Estadística; (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9683>; consultado el 12/04/2017).

II. Aproximación a la libertad religiosa en el ámbito laboral.

Desde la aprobación de la Constitución española en 1978, la libertad religiosa se ha ido introduciendo en el ámbito laboral mediante la aprobación de diversas disposiciones normativas. Se debe de destacar, que la regulación existente en la actualidad no se encuentra regulada en una ley concreta, sino que está dispersa en diferentes normas, ya bien de ámbito estatal o bien de ámbito europeo.

En primer lugar, en el artículo 14 de la Constitución Española⁶, se establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*. Se consagra en este precepto el principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, el cual impide que se puedan producir diferencias de trato entre personas basándose en cualquiera de los factores de discriminación, entre los que se encuentra la religión. Supone no solo igualdad ante la ley sino también igualdad en la aplicación de la ley y una prohibición de discriminación⁷.

Asimismo, en el apartado primero del artículo 16 de la CE, se determina que *“se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”*. Observamos entonces que la libertad religiosa está consagrada en nuestra constitución como un derecho fundamental, y que por lo tanto, permite al trabajador decidir con total libertad sobre sus ideas y convicciones religiosas y se le protege frente a posibles represalias que pueda recibir por las mismas, como así lo ha establecido el TC en su reiterada jurisprudencia.⁸. En el apartado segundo se complementa que *“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.”*

En segundo lugar, la libertad religiosa está consagrada en nuestra CE como un derecho fundamental, por lo que cuenta para el desarrollo de su contenido con una ley orgánica. Esta es la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, *de Libertad Religiosa*⁹ que en el apartado segundo del artículo 1, se especifica que *“las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas.”*. A su vez el artículo 2 establece como derecho derivado de la libertad religiosa que se podrá profesar las creencias religiosas que libremente se elija o no profesar ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente las propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

En tercer lugar, en el ámbito internacional, destacamos la *“Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones”*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25

⁶ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE.

⁷ CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 61.

⁸ STC de 22 de abril de 1993 [RTC 1993\142]; STC de 22 de julio de 1999 [RTC 1999\145] y STC de 17 de marzo de 2003 [RTC 2003\49].

⁹ BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980; en adelante, LOLR.

de noviembre de 1981. En su artículo 2.1, se establece la prohibición de discriminación tanto por los poderes públicos como por los sujetos privados: *“Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares.”*. Por lo que afecta al derecho del trabajo, esta declaración regula en el artículo 6 letra h) el derecho de *“la de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción.”*

En cuarto lugar, en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*¹⁰, en lo relativo a los derechos laborales, en el apartado segundo letra c) se establece que los trabajadores tienen derecho *“a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.”*. Asimismo, en la letra e) el trabajador tendrá derecho *“al respecto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.”*

En quinto lugar, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*¹¹. El ámbito de aplicación de esta Directiva se centra en el trabajo pero va más allá y se extiende a la educación, protección social, etc., y se aplicara tanto al sector público como privado de cada Estado miembro.

En sexto lugar, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*¹², establece en el artículo primero el objeto de la misma: *“la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igual de trato.”*. Se transpone esta directiva al ordenamiento jurídico español, en la Ley 62/2003, de 30 diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social¹³.

En séptimo y último lugar, también en el ámbito comunitario tenemos La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)¹⁴, aprobada el 7 de diciembre del 2000, adaptada posteriormente el 13 de diciembre de 2007 y se le otorgó carácter vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Regula en su artículo 10 que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.”*

¹⁰ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015; en adelante, ET.

¹¹ BOE núm. 180, de 19 de julio de 2000.

¹² BOE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

¹³ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

¹⁴ BOE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

III. Demanda presentada por la trabajadora Laura González contra la empresa Maca S.A. a causa de discriminación por el uso del velo islámico.

En la actualidad, en España, existe una gran pluralidad cultural y religiosa que afecta también como es lógico al ámbito laboral. Pese a la aconfesionalidad del estado español, se protege como derecho fundamental, la libertad religiosa en todas sus vertientes. Cabe destacar, que en este país las organizaciones religiosas han perdido influencia en la sociedad debido al avance de la ciencia y la tecnología, lo que ha provocado una menor identificación con la religión y bien la conducta de los individuos esta menos afectada por la misma. Esto es lo que se denomina como secularización de un estado. Hoy en día gran parte de la población se declaran irreligiosas o ateas.¹⁵

Los símbolos religiosos son una manifestación de la libertad religiosa. Un símbolo religioso “*es la forma de representar una idea o creencia religiosa, cuyo significado se concreta por convención social*”.¹⁶

Se puede distinguir entre símbolos estáticos y símbolos dinámicos como así ha hecho el Tribunal Constitucional “*comparar, como se ha hecho, la retirada del crucifijo de los centros escolares públicos o del Salón de Plenos de un Ayuntamiento con el hecho de que un alumno o un profesor lleven un símbolo religioso como el velo islámico, es mezclar dos situaciones completamente distintas, no tanto por el carácter estático y dinámico de uno y otro símbolo, cuanto por la distinta naturaleza y legitimidad de unos y otros para usarlo. El crucifijo en las aulas lo coloca o permite que permanezca en ellas un poder público, es decir, un ente con capacidad para imponer obligaciones unilateralmente, un sujeto que solo excepcionalmente puede disfrutar de derechos fundamentales. El velo islámico sobre la cabeza de un alumno o el profesor, lo portan los ciudadanos, carentes, en principio, del poder legal para imponer unilateralmente obligaciones y que disfrutan de una libertad garantizada constitucionalmente con uno o varios derechos fundamentales, sin perjuicio de que, al llevar dichas prendas o símbolos especialmente en espacios públicos como la escuela, estén sometidos a límites*”.¹⁷

Ahora bien, debemos de determinar lo que se entiende por símbolos personales. Nos referimos al conjunto de elementos que utilizan las personas para manifestar su adhesión a una determinada confesión o creencia religiosa. En muchas ocasiones el símbolo personal coincide con el institucional, aunque la diferencia radica en que mientras el primero tiene un uso institucional, el segundo existe por la necesidad de expresión del individuo. Estamos pensando en cadenas, anillos y otros adornos con todo tipo de simbología, gorros para cubrir la cabeza como la Kipá, turbantes, y todo lo referente a la vestimenta, como túnicas, vestidos ceremoniales, uniformes de ministros de culto e incluso el velo y pañuelos que cubren la cabeza.

¹⁵ RODRIGUES, T.; FERREIRA, S. y GARCÍA, R.: *La inmigración en la península ibérica y los dilemas de la seguridad (1990-2030)*, op. cit., p. 64.

¹⁶ VIDAL GALLARDO, M.: “Símbolos religiosos y señas de identidad”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 31, Universidad de Valladolid 2015, pp. 324.

¹⁷ AMÉRIGO, F.; PELAYO, D.: *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, Fundación Alternativas, Madrid, 2013, p. 11.

Según la Real Academia Española (en adelante, RAE) se entenderá por hiyab “*el pañuelo usado por las mujeres musulmanas para cubrirse la cabeza*”. Por tanto, el velo islámico es característico de las mujeres árabes que deja completamente visible la zona de la cara.¹⁸

Cabe destacar, que en cuanto al uso de símbolos religiosos durante la jornada laboral en una empresa privada, solo se ha producido una sentencia en todos estos años. Me refiero a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Palma de Mallorca con fecha el 6 de febrero del 2017. Asimismo, a nivel europeo existen dos importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).¹⁹

1. Base jurídica y argumentos para la defensa de la trabajadora Laura González.

Debemos comenzar deduciendo, si en este supuesto existe base jurídica suficiente para poder llegar a interponer una demanda. En cuanto a los requisitos formales que se exigen, el apartado primero del art. 177 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*²⁰, dispone que cualquier trabajador que considere lesionado uno o varios derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá obtener tutela en el orden jurisdiccional social siempre que la pretensión sea dentro del ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas a dicho orden. Es decir, que cuando un trabajador considere lesionado un derecho podrá reclamar ante los juzgados de lo social.

Esta modalidad procesal tutela todos los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluida la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso, siempre que la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social “*o en conexión directa con las mismas*”.²¹

En el apartado segundo del propio art. 177, se establece que al trabajador como sujeto lesionado, le corresponde la legitimación activa como parte principal en el proceso. Asimismo, en el apartado tercero se dispone que el Ministerio Fiscal será también siempre parte, para la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando a su vez por la reparación de las víctimas lesionadas.

Por lo tanto, la trabajadora Laura González ostenta la legitimación para presentar la demanda ante los tribunales de la jurisdicción social, para con ello defender su derecho a la libertad religiosa y asimismo para que cese el tratamiento discriminatorio y acoso que está sufriendo, como reclamar las sanciones que sufre por parte de la empresa Maca S.A. y su posterior despido.

¹⁸ GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, Universidade de A Coruña, 2013, p. 337.

¹⁹ STJUE de 14 de marzo de 2017, en el asunto [C-157/15]; STJUE de 14 de marzo de 2017, en el asunto [C-188/15].

²⁰ BOE núm. 245, de 11 de diciembre de 2011; en adelante LJS.

²¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 166.

En cuanto a la tramitación, según el art. 179 apartado segundo de la LRJS, la demanda deberá interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública.

Desde que se recibe la carta de despido, o en el supuesto de que la comunicación extintiva sea verbal, el trabajador dispone de 20 días hábiles para la presentación de la demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación. Una vez presentada, se suspende el cómputo del plazo de 20 días hábiles, que se reiniciará al día siguiente de celebrado el acto de conciliación y hasta que se presente la demanda en los Juzgados de los Social.

En este supuesto, la demanda contra la empresa Maca S.L. por parte de la trabajadora Laura González debe entenderse que se presenta dentro del plazo estipulado, aunque en el mismo no se especifica el día que se recibe la carta de despido.

Pues bien, los argumentos principales para la defensa de la pretensión, son la existencia de la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa y la existencia de discriminación por motivos religiosos. Se razonara sobre la nulidad de las sanciones que sufre la trabajadora como la calificación del despido como nulo de pleno derecho.

A) Vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa.

Nuestra CE establece una serie de principios, más en concreto en el art. 1 apartado primero señala que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. El art. 10 apartado primero establece que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”*.

Como se ha señalado, el derecho fundamental a la libertad de conciencia (ideológica, religiosa y de culto) viene consagrado en nuestra Constitución española, más específicamente en el art. 16 apartado primero que dispone que *“se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”* Los sujetos titulares del derecho a la libertad religiosa pueden ser tanto individuales como colectivos, cuyo contenido del derecho es idéntico para ambos grupos. Con respecto al primero, la combinación entre los arts. 16 y 14 obligan a considerar que todos los individuos, sin distinción alguna, son sujetos de derecho de libertad religiosa. Los derechos fundamentales se ejercitan por el individuo aisladamente o en grupo, pero la Constitución considera a las comunidades sujetos también del derecho.²²

²²SUÁREZ PERTIERRA, G; y otros.: “Derecho Eclesiástico del Estado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 120 y 121.

El art. 9 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales²³, establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”*.

El TC entiende que la libertad religiosa, en cuanto a derecho subjetivo ostenta una doble dimensión, interna y externa. Por un lado, la dimensión interna, garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual.²⁴ Por otro lado, junto a la dimensión interna, se incluye una dimensión externa que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *“agere licere”* del individuo.²⁵ Esto faculta a que todos los ciudadanos puedan actuar con arreglo a sus propias convicciones y creencias y mantenerlas frente a terceras personas.

La libertad religiosa como derecho fundamental cuenta con una ley orgánica para su desarrollo. Según lo dispuesto en el artículo 1 apartado primero de la LOLR *“el estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica”*.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad religiosa regulado en el art. 2 apartado primero de la LOLR, se puede considerar que este derecho fundamental incluye:

- la libertad y el derecho a tener unas u otras convicciones, ideas o creencias, a cambiarlas o modificarlas;
- la libertad y el derecho a expresar, manifestar o silenciar dichas convicciones, ideas o creencias;
- la libertad para comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a actuar en su contra, y;
- la libertad para asociarse con quienes se compartan o identifiquen dichas convicciones, ideas o creencias.

Por su parte, el art. 2 apartado segundo de la LOLR dispone que la libertad religiosa y de culto consiste en *“profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas”*. Por lo tanto, cada persona puede profesar la religión que quiera o incluso no profesar ninguna y lo podrá manifestar libremente lo que incluye la utilización de símbolos religiosos constituyendo una forma de expresión y manifestación de la religión. Todo ello afecta a una doble regla: *“nadie podrá ser impedido a profesar una determinada religión o ideología y nadie podrá ser obligado a mantenerla”*.²⁶

Asimismo, en el apartado segundo del art. 16 de la CE se dispone que *“nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología”*. En virtud de este contenido, los

²³ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, en adelante CEDH/LF.

²⁴ STC de 28 de marzo de 2011 [RTC 2011\34].

²⁵ STC de 13 de mayo de 1982 [RTC 1982\24] y STC de 11 de noviembre de 1996 [RTC 1996\177].

²⁶ SUÁREZ PERTIERRA, G; y otros.: “Derecho Eclesiástico del Estado”, op. cit., p. 122.

poderes públicos así como cualquier particular, no pueden obligar a nadie a declarar sobre su ideología, su religión o sus creencias. En este sentido, el propio art. 9 apartado segundo de la CE establece que los poderes públicos deberán promover condiciones y remover obstáculos para el ejercicio de las libertades sean reales y efectivas. Se establece por tanto, *“la prohibición del empresario de indagar sobre las mismas o al derecho del trabajador a no ser discriminado por sus convicciones religiosas”*.²⁷

Es necesario hacer referencia a los límites al derecho fundamental de la libertad religiosa. Siguiendo el tenor del texto constitucional, éste no tiene *“más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley”*. Es decir, que solo mediante la ley se podrá limitar en derecho fundamental a la libertad religiosa.

Por su parte, el art. 3 apartado primero de la LOLR establece que *“el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”*.

Esta limitación resulta conforme con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte, los cuales, según lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE, deben ser tomados como referencia a la hora de interpretar las normas sobre derechos y libertades fundamentales que la propia CE reconoce.²⁸

En cuanto a los elementos constitutivos del orden público, se está haciendo referencia a la protección del derecho de las demás personas, y a la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad públicas, que habrán de interpretarse en el ámbito de una sociedad democrática como es la española. En el caso del velo islámico, se trata de un símbolo religioso que no atenta contra ninguno de los elementos del orden público, pero si lo hace el burka al ser imposible la identificación visual de quien lo utiliza durante su jornada laboral, tema que se tratará más adelante en otro capítulo del presente trabajo.

En nuestra sociedad, la utilización de símbolos religiosos, forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa, y su limitación solo puede encontrarse en una norma con rango de ley y siempre que esta tenga por finalidad la protección del ejercicio de una libertad pública o un derecho fundamental de terceras personas, o la salvaguarda de la seguridad, la salud o la moralidad públicas. En ningún caso, se contempla como limitación del derecho, la imposición mediante un convenio colectivo o normativa interna de una empresa de la utilización de una vestimenta uniforme que impida al trabajador ejercer su manifestación religiosa a través del uso de un símbolo religioso.

Por lo tanto, el uso de un símbolo religioso como manifestación del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa, estaría plenamente permitido, salvo que su uso implicara por un lado, la lesión de otro derecho fundamental de terceras personas

²⁷ STC de 18 de julio de 2002 [RTC 2002\154].

²⁸ CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Símbolos religiosos en un estado democrático y plural”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Segunda Época, núm. 10, Universidad de Jaén, 2010, p. 3.

o por otro, una lesión del orden público español. Se trata pues, que toda persona tiene derecho a profesar su religión de forma libre sin que pueda estar sometida a más restricciones que las impuestas por la ley y el orden público.

En contraposición, en este caso, al derecho de la libertad religiosa, se configura en el art. 38 de la CE la libertad de empresa “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”. Se establece por tanto en nuestro ordenamiento, la libertad de empresa, lo que permite que todo empresario pueda desarrollar su actividad con libertad.

Por su parte, el art. 20 apartado primero del ET dispone que “*el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quién este delegue*”. Es decir, los empleados deben obedecer las órdenes dictadas por el empresario durante la relación contractual. Asimismo, el apartado segundo establece que “*en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*”.

El art. 5 letra c) del ET dispone que los trabajadores tendrán como deber básico entre otros, el de “*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*”. Deducimos que se incluye la facultad de imponer una vestimenta uniforme a sus empleados y por lo tanto, el deber del trabajador de cumplir dicha orden.

La cuestión se presenta harto complicada, pues resulta en muchas ocasiones complejo poder estructurar un “*marco jurídico estable que permita la pacífica coexistencia del poder de organización empresarial, nota básica de las relaciones laborales, con los derechos fundamentales del trabajador, singularmente su derecho a la intimidad, a la libertad religiosa y a la no discriminación por razones de sus creencias*”.²⁹

Esta libertad de empresa, le otorga al empresario el poder empresarial de dirección y organización de la actividad, que utiliza y despliega legítimamente en ocasiones para poder imponer a sus trabajadores entre otras cosas, la uniformidad de vestimenta durante la prestación de su trabajo. En defecto de pacto colectivo o individual entre trabajador y empresario, compete al empresario la decisión de determinar la uniformidad de la vestimenta a utilizar por sus empleados.

El TC ha sentenciado que en relación a la libertad de expresión, “*la celebración de un contrato de trabajo no implicara en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a), y cuya protección queda garantizada frente a eventuales*

²⁹ MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006, p. 213.

*lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral”.*³⁰

Esto se debe a que las empresas no están aisladas y no forman “*mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 de la CE legítima que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional*”.³¹

Se deduce que, “*no existen derechos ilimitados, y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que deba atribuirse rango preponderante. Ya se ha visto que la orden empresarial de vestir una determinada ropa no puede lesionar la dignidad y honor del trabajador o cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagrados*”.³²

Por lo tanto, se destaca que la decisión que ejerce la patronal no debe atentar en ningún caso contra la dignidad y el honor de los trabajadores, prevista en varios preceptos del ET (arts. 4, 8 y 20), o afectar al contenido de cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Carta Magna.

El TC ha declarado que en “*ámbito de las relaciones laborales, en el sentido de que, en particular, un cambio puramente fáctico (el de las ideas o creencias religiosas del trabajador) en cuanto que manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, no puede provocar la modificación del contrato suscrito*”.³³ Ahora bien, en el caso de la trabajadora Laura González no se está pretendiendo por parte de esta ninguna modificación del contrato suscrito con la patronal.

Llegados a este punto, debemos hacer referencia a la sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca de febrero de 2017. Se trata de la primera y única sentencia en España que se pronuncia por el uso de una trabajadora del velo islámico o hiyab durante la jornada laboral.³⁴

Pues bien, la trabajadora Ana Saidi presta servicios para la entidad Acciona Airport Services S.A.U. como agente administrativo en el departamento de servicio al pasajero. La señora Ana es practicante de la religión musulmana, por lo que comunicó a la empresa Acciona la intención de utilizar el velo islámico durante la jornada de trabajo, a lo que la empresa le autoriza en un primer momento de forma provisional y después se lo deniega ya que el uso del velo rompe con la uniformidad de vestimenta del personal femenino establecida en convenio colectivo y que se daña la imagen corporativa de la empresa.

La trabajadora reitera su postura de llevar el velo a lo que la empresa reacciona llegándola a sancionar en numerosas ocasiones con suspensión del empleo y sueldo. Esto todo le ocasiona a la trabajadora crisis de ansiedad, teniendo que ser atendida por

³⁰ STC de 19 de julio de 1985 [RTC 1985\88].

³¹ STC de 12 de junio de 1996 [RTC 1996\106].

³² STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

³³ STC de 13 de febrero de 1985 [RTC 1985\19].

³⁴ SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8].

el servicio médico público. Daniela comunica a la sociedad de que se están vulnerando su derecho fundamental a la libertad religiosa y solicita en cese de las actuaciones.

Daniela sostiene que está siendo discriminada porque otros de sus compañeros de trabajo pueden exhibir cruces y vírgenes colgadas y visibles, sin que con ello sean sancionados y además tampoco hacen un riguroso cumplimiento del uniforme ya que portan bolsos y zapatos no reglamentarios o mostrando un aspecto descuidado, con piercings o con tatuajes.

El tribunal acaba declarando la demanda interpuesta por la señora Ana Saidi contra la entidad Acciona Airport Services S.A.U., por la existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de la trabajadora, y consiguientemente la nulidad de las sanciones impuestas por la empresa, así como el cese inmediato de la actuación contraria a dicho derecho fundamental y el restablecimiento de la actora en la integridad de su derecho y reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión y el abono de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En el supuesto que nos antaña, nos encontramos ante una situación muy similar a la de la sentencia del Juzgado de lo social de Palma de Mallorca. La sociedad mercantil Maca S.L., exige a todos sus trabajadores en uso de un determinado uniforme y la política seguida por la empresa prohíbe cualquier tipo de indumentaria que no forme parte del propio uniforme estipulado por la patronal, por lo que el uso del velo islámico por parte de la trabajadora Laura González estaría prohibido.

En la actualidad, es algo normal que las empresas impongan el uso obligatorio de una vestimenta determinada, ya que es algo que pueden hacer en virtud del art. 38 de la CE como se ha explicado. Ahora bien, una de sus trabajadores, Laura González, se convierte al islam, por lo que empieza a llevar el velo islámico en todos los ámbitos de la vida, incluido en laboral, lo cual la propia trabajadora comunica de buena fe al departamento de recursos humanos de que va a comenzar a llevar el velo durante la jornada laboral, algo que en un principio la empresa no se opone.

Tras una semana utilizando el velo, la empresa le comunica que no puede seguir utilizando el hiyab al ir contra de la normativa estipulada. Como se ha visto, la libertad religiosa como derecho fundamental, consiste en manifestar las creencias religiosas personales del individuo sin más restricción que los derechos fundamentales de los demás y el orden público. Por un lado, la utilización de un símbolo religioso es parte de ese contenido de manifestación de una religión o creencia, y en este supuesto no se está atentando contra ningún derecho fundamental de otra persona o colectivo, porque en contraposición esta la libertad de empresa que no puede limitar un derecho fundamental como la libertad religiosa en ningún caso. Por otro lado, el velo islámico no parece que pueda considerarse un símbolo religioso que atente contra la seguridad, la salud y moralidad públicas que deben cumplirse en nuestra sociedad, ya que la utilización del mismo no impide la visión de la cara de la mujer que lo lleva, y por lo tanto, no impide su identificación.

Caso distinto es el de un camarero, el cual se niega de forma reiterada a vestir el uniforme que le exige la empresa, por lo que acaba siendo despedido. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña argumenta en su sentencia del 8 de enero de 1998, que el despido es procedente ya que el trabajador debe obedecer las órdenes e instrucciones dictadas por la dirección empresarial dentro del ámbito y organización del trabajo, *“salvo que la misma pueda comportarle riesgos inminentes o devenga ilegal o*

atentatoria de su dignidad”,³⁵ lo cual no sucede en el caso del camarero, pero si en el de Laura González.

Es necesario hacer referencia que el apartado 2 del art. 181 de la LRJS, dispone que en materia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, “*en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Es decir, que como se ha probado dicha vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa, le corresponde en este supuesto a la sociedad Maca S.A. justificar razonadamente y objetivamente que las medidas adoptadas por su parte fueron en todo momento proporcionales.

Ahora bien, la “*prueba indiciaria tiene un doble plano*”³⁶. En cuanto al primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un “*indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia*”³⁷.

Una vez aportado un indicio razonable por parte del trabajador de que se ha producido la lesión, “*recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación ha sido razonada y proporcional y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales*”³⁸.

B) Existencia de discriminación por motivos religiosos.

En muchas ocasiones, la prohibición por parte del empresario de la utilización de un símbolo religioso durante la jornada laboral a un trabajador puede a llegar a considerarse discriminación por motivos religiosos. Esto suele suceder cuando la prohibición de dicho uso se establece para uno o varios trabajadores por el uso de un símbolo concreto, como es en este caso el velo islámico sin que se extienda la prohibición al uso de otros símbolos como lo son la cruz cristiana, anillo, etc.

Pues bien, el art. 14 de la CE, establece que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Este reconocimiento hace que la creación de una norma que establezca un trato diferenciado por alguna de estas razones deba someterse a un control judicial muy riguroso. Sin embargo, en el caso de la clasificación razonable, el establecimiento de un trato diferenciado “*deberá justificarse simplemente en términos de razonabilidad: la desigualdad deberá perseguir un fin constitucional, debe ser adecuada para perseguir ese fin, proporcionada y debe ser de carácter general*”.³⁹

Se determina por tanto, el principio general de igualdad ante la ley y una prohibición de discriminación por varias razones, entre las que se encuentra la religión.

³⁵ STSJ de Cataluña de 8 de enero de 1998 [AS 1998\156].

³⁶ STC de 6 de mayo de 1997 [RTC 1997\90].

³⁷ STC de 22 de octubre de 2001 [RTC 2001\207].

³⁸ STC de 30 de enero de 2003 [RTC 2003\17] y STC de 2 de noviembre de 2004 [RTC 2004\188].

³⁹ TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 109.

Los españoles poseen la plena libertad e igualdad para poder profesar la religión o creencias que ellos elijan o incluso a no profesar ninguna.

Ahora bien, resulta necesario diferenciar entre el principio de igualdad y el de no discriminación, puesto que su régimen jurídico es totalmente diferente: el principio de igualdad obliga solo a los poderes públicos pero no a los sujetos privados, y por tanto no obliga a los empresarios privados. Sin embargo el principio de no discriminación obliga a todos, tanto privados como públicos. Ello implica que un empresario puede establecer diferencias entre sus trabajadores, pero estas diferencias “no pueden fundarse en ninguna causa discriminatoria”.⁴⁰

Debemos empezar dilucidando lo que entendemos por discriminación. En el artículo 1 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), se dice que el término discriminación comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Asimismo, “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”. Se excluyen por tanto, las acciones discriminatorias de distinción, exclusión o preferencia basadas en las calificaciones exigidas para un determinado puesto de trabajo.

Como ha indicado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sino que únicamente tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual”.⁴¹

Debemos recurrir a la Directiva 2000/78/CE se que transpone al ordenamiento jurídico español en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*,⁴² que nos dice que se entenderá por cada una de las discriminaciones. Esta directiva según el art. 1 de la misma, tiene por objeto establecer un marco general para luchar en el ámbito del empleo y la ocupación contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, así como de discapacidad, de edad o de orientación sexual, con el fin de que se aplique el principio de igualdad de trato en los Estados miembros.

El art. 27 de la Ley 62/2003, se establece el objeto y ámbito de aplicación en relación al Capítulo III de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato. En el apartado segundo del propio art. 27, se dispone que este capítulo se aplicará a todas las persona, tanto del sector público como en el sector privado en relación con las condiciones de acceso al empleo, al ejercicio profesional, condiciones de contratación y criterios de selección, a las condiciones de empleo, al despido y remuneración y a la participación y afiliación.

⁴⁰ SUÁREZ PERTIERRA, G; y otros.: “Derecho Eclesiástico del Estado”, *op. cit.*, pp. 402 y 403.

⁴¹ STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, caso Werner Mangold contra Rüdiger Helm [TJCE 2005, 341].

⁴² BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

El art. 28 apartado primero letra a) nos dice que se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona. En el apartado segundo se establecen dos tipos de discriminación, la directa y la indirecta.

Por un lado, en la letra b) del apartado segundo se dispone que existirá discriminación directa *“cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Por lo tanto, la discriminación directa será aquella que se genere debido a la realización de una conducta dirigida a excluir o a otorgar un trato menos favorable o peyorativo a un grupo de individuos integrantes de un determinado colectivo por su pertenencia al mismo.

Por otro lado, en la letra b) del apartado segundo se dispone que se entenderá por discriminación indirecta, *“cuando disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”*. La discriminación indirecta se identifica por su configuración aparentemente neutra pero por sus efectos perjudiciales para los integrantes de un colectivo protegido. Contempla aquellas actuaciones que causan perjuicios para la mayoría de los integrantes de un colectivo protegido (mujeres, discapacitados, etc.) aunque la medida en cuestión no configure un perjuicio explícito.⁴³

Complementando el art. 9, el art. 14 del propio Convenio establece la prohibición de discriminación en el disfrute y efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin que exista distinción alguna especialmente *“por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*. El principio de prohibición tampoco se presenta como absoluto, sino que puede ser restringido, con el beneplácito de la propia ley, siempre que estas *“limitaciones se cimienten en razones de igual o superior nivel al que poseen los bienes que trata de proteger el principio objeto de restricción”*.⁴⁴

El art. 4 del ET relativo a los derechos laborales establece en su apartado segundo letra c), que en la relación de trabajo, los trabajadores tendrán derecho *“no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”*. Por tanto, todo trabajador tiene derecho a no ser discriminado, entre diversos motivos, por razón de su religión o convicciones.

⁴³ SUÁREZ PERTIERRA, G; y otros.: “Derecho Eclesiástico del Estado”, *op. cit.*, p. 404.

⁴⁴ GARCÍA MURCIA, J.: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Las Rozas, 2006, p. 402.

En el art. 1 apartado segundo de la LOLR se establece que *“las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas”*. Se refiere por tanto, a que ningún trabajador, funcionario o político podrá ser discriminado ni ser tratado de forma desigual alegando motivos religiosos e impidiendo con ello el disfrute del derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en la CE.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria nos aporta una definición que engloba todos los motivos de discriminación contenidos en el art. 14 de la CE y los arts. 4.2 c) y 17.1 del ET, *“toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios”*.⁴⁵

Debemos hacer referencia a dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelven dos supuestos distintos en diferentes países, sobre la prohibición de la utilización en ambos casos por parte de dos trabajadoras del velo islámico o hiyab durante la jornada laboral.

La primera sentencia del TJUE⁴⁶, resuelve el asunto C.157/15 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial plantada por el Hof van Cassatie (Tribunal de Casación de Bélgica), mediante resolución de 9 de marzo de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de abril de 2015, en el procedimiento entre la trabajadora Samira Achbita y la mercantil G4S Secure Solutions NV, relativo a la prohibición impuesta por la empresa a sus trabajadores de llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y de observar cualquier rito relacionado con dichas convicciones en el lugar de trabajo.

La sociedad G4S es una empresa privada que presta servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector público como del sector privado. En el momento de la contratación de la señora Achbita existía en la sociedad G4S una norma no escrita que con arreglo a la cual los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Tras unos años trabajando, la señora Achbita comunicó a sus superiores jerárquicos de que a partir de entonces tenía la intención de llevar un pañuelo islámico. La dirección de G4S le transmite que *“no se toleraría su uso ya que era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir”*.

Debido a la persistencia de la trabajadora de hacer uso del velo islámico, esta acaba siendo despedida. Se presenta demanda, la cual es desestimada por el Tribunal Laboral de Amberes. Se apela ante el Tribunal Laboral Superior de Amberes la cual también desestima la apelación calificando el despido de procedente, ya que la prohibición general de llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no suponía una discriminación directa y no se había observado ninguna discriminación indirecta o violación de la libertad individual o de la libertad de religión.

⁴⁵ STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005 [AS 2005\3000].

⁴⁶ STJUE de 14 de marzo de 2017 en el asunto [C-157/15].

En la cuestión prejudicial “*le corresponde al tribunal determinar si la norma interna de la empresa controvertida en el litigio principal ocasiona una diferencia de trato entre los trabajadores en función de la religión o de las convicciones de éstos y, de ser así, si esa diferencia de trato constituye una discriminación directa en el sentido del art. 2 apartado segundo, letra a) de la Directiva 2000/78*”. Debe considerarse que “*dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos*”. De modo que la norma interna no produce discriminación directa.

En cuanto a la “*discriminación directa regulada en el art. 2 apartado segundo, letra b) e inciso i), de la Directiva 2000/78, no existirá tal discriminación si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios. En cuanto al requisito de una finalidad legítima, se corresponde con la voluntad del empresario de ofrecer una imagen neutra ante su cliente vinculado a la libertad de empresa, derecho reconocido en el art. 16 de la Carta, el cual solo tiene un carácter legítimo cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que van a estar en contacto con sus clientes*”. Ahora bien, no se podrá despedir al trabajador cuando exista la posibilidad de cambiar de puesto a uno que no exija el contacto con los clientes.

En cuanto al carácter adecuado de una norma “*es apto prohibir el uso del pañuelo para perseguir un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga de forma congruente y sistemática*”. Y por último, al carácter necesario de la prohibición controvertida, es decir, si se limita a lo estrictamente necesario a lo cual, hace referencia a si la “*prohibición del uso del pañuelo atañe únicamente a los trabajadores de G4S que están en contacto con los clientes*”.

El tribunal acaba considerando que “*la norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación directa si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y los medios necesarios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*”.

La segunda sentencia del TJUE⁴⁷, resuelve el asunto C-188/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Francia, mediante resolución de 9 de abril, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de abril de 2015, en el procedimiento entre la trabajadora Asma Bougnaoui y la mercantil Micropole S.A., relativo al despido de la señora Bougnaoui en razón de que esta se negaba a retirar el pañuelo islámico cuando prestaba servicios en los locales de los clientes de esta empresa.

La señora Bougnaoui conoció antes de su contratación por la empresa privada Micropole, que llevar un pañuelo islámico podría constituir un problema a la hora de relacionarse con los clientes de dicha empresa. Finalmente fue contratada por la sociedad y usó el pañuelo islámico en su lugar de trabajo. Se le asignó un trabajo con un de sus clientes y el cliente le comunicó a la empresa que le había molestado que la

⁴⁷ STJUE de 14 de marzo de 2017 en el asunto [C-188/15].

señora Bougnaoui llevara velo y pidió que no se volviera a repetir la próxima vez. La trabajadora acaba siendo despedida por este motivo.

La señora Bougnaoui presenta demanda, considerando que el despido era discriminatorio, ante el Tribunal Laboral Paritario de París, el cual desestima la demanda al considerar que *“la restricción de la libertad de llevar pañuelo estaba justificada por el hecho de que ésta había de relacionarse con clientes de esa sociedad y era proporcionada al objetivo perseguido por Micropole de preservar la imagen de la empresa y no herir las convicciones de sus clientes”*. Se interpone recurso ante el Tribunal de Casación de Francia que plantea la cuestión prejudicial de si debe interpretarse el art. 4 apartado primero de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de que los servicios prestados una trabajadora que usa pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo.

En la cuestión prejudicial se plantea que *“nada se dice si se trata de una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones, es decir si el despido se fundó en el incumplimiento de una norma interna que prohibía el uso del pañuelo produciendo una desventaja en las personas que lo utilizan, o de si se trata de una diferencia de trato basada indirectamente en tales motivos, lo cual no existirá la misma si puede justificarse objetivamente una finalidad legítima”*.

El TJUE acaba resolviendo que *“el art. 4 apartado primero de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición”*.

Por tanto, en estas dos sentencias del TJUE se pueden ver dos supuestos de discriminación en el ámbito laboral, a dos trabajadoras musulmanas por la utilización del velo islámico en su puesto de trabajo.

En el supuesto que nos ocupa, podemos observar que se está produciendo una discriminación por motivos religiosos o convicciones en contra la trabajadora Laura González por parte de la empresa Maca S.A., ya que se le está impidiendo hacer uso del velo islámico durante su jornada laboral, alegando que se está incumpliendo la normativa de vestimenta exigidos por la normativa estipulada por la empresa.

A su vez, son varias las ocasiones en que en la sociedad Maca S.A., se exhiben por parte de sus trabajadores el uso de símbolos religiosos como lo son las cruces cristianas. Cabe destacar que existen supuestos en que pese a que son varios los trabajadores que exhiben esos símbolos, solo es Laura González la que sufre represalias por parte de la directiva de la empresa con la finalidad de que deje de emplearlos durante su jornada laboral. En este tipo de casos podemos hablar de discriminación hacia ese trabajador por parte del empresario, ya que no se está tratando por igual a todos sus trabajadores.

2. Calificación del despido y nulidad de las sanciones a la trabajadora Laura González.

La trabajadora Laura González tras la negativa de la empresa Maca S.A. a que llevase el velo islámico en su puesto de trabajo, es sancionada en diversas ocasiones por desobedecer las indicaciones dadas por Sandra López encargada de recursos humanos y finalmente recibe la carta de despido alegando falta de disciplina y bajo rendimiento.

En el capítulo IV del ET, más concretamente en el art. 58 apartado primero, se regulan las faltas y sanciones de los trabajadores. Se dispone que *“los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable”*. Por lo tanto, en virtud de este precepto la patronal podrá sancionar a sus trabajadores debido a incumplimientos laborales teniendo en cuenta la gravedad de las faltas y sanciones establecidas en las disposiciones normativas o en el convenio colectivo que le sea aplicable (empresa, provincial, autonómico o estatal).

En consecuencia, para que el trabajador pueda ser sancionado se deben cumplir tres requisitos: *“primero, tiene que haber incurrido en un incumplimiento laboral; segundo, que dicho incumplimiento tiene que estar considerado como falta en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable; y tercero y último, la sanción tiene igualmente que estar previamente recogida en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que le sea aplicable”*.⁴⁸

Como se ha dicho, la trabajadora Laura González es sancionada por la empresa Maca S.A., en diversas y reiteradas ocasiones por la utilización del velo islámico. La sociedad alude a que se está incumpliendo las normas establecidas por la misma, ya que el uso del hiyab no se ajusta a la vestimenta o indumentaria que forma parte del uniforme exigido durante la jornada laboral. También hay que resaltar que el incumplimiento de la llevanza del uniforme está tipificado como falta en la normativa interna de la empresa como así debemos entender aunque no se especifica en el supuesto, en disposiciones legales y en el convenio colectivo. Por lo tanto, si se cumplen los requisitos para que la trabajadora Laura González pueda ser sancionada por la empresa.

El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*,⁴⁹ establece en el art. 5 apartado primero que se entenderán por infracciones laborales *“las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley. Asimismo, tendrán dicha consideración las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables en las materias que se regulan en el presente capítulo”*. Se trata de un precepto que sanciona a aquellos empresarios que realicen acciones u omisiones contrarias a las leyes o convenios colectivos.

⁴⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 262.

⁴⁹ BOE núm. 189 de 8 de agosto de 2000, en adelante LISOS.

Ahora bien, cuando en el ámbito laboral se produzcan discriminaciones por religión o convicciones por decisiones unilaterales del empresario están tendrán carácter de infracciones muy graves. El art. 8 apartado 12 considera como infracciones muy graves *“las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*.

Por tanto, este art. 8 apartado 12 de la LISOS nos dice que considera como infracción empresarial muy grave, aquellas decisiones y actuaciones empresariales discriminatorias directas o indirectas, o de represalia como reacción ante una reclamación relacionada con las causas establecidas en el art. 17 del ET.

A su vez, el art. 8 apartado 13 bis de la LISOS considera como infracción muy grave *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*.

Por su parte, los trabajadores tienen una serie de derechos y deberes derivados de la relación contractual que le une al empresario. En el apartado primero del art. 17 del ET, bajo el título de *“No discriminación en las relaciones laborales”* se establece que *“se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”*.

Este precepto del ET, nos viene a decir que, todo precepto reglamentario, pacto individual o colectivo, y decisiones unilaterales del empresario serán nulas, y por tanto, sin efecto cuando se produzca una discriminación directa o indirecta por razón de motivos religiosos o convicciones.

En un segundo párrafo se nos dice que *“serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*. Por tanto, serán nulas las actuaciones discriminatorias realizadas por la dirección de la sociedad o por el propio empresario.

El contrato de trabajo, como relación jurídica contractual puede extinguirse por una serie de motivos que figuran en el artículo 49.1 del ET. Entre los motivos que figuran en el listado *numerus clausus*, nos interesa destacar la letra k), el cual se refiere al despido del trabajador. “*El ordenamiento jurídico laboral permite a una de las partes (el empresario) resolver el contrato de trabajo de manera unilateral por incumplimiento de la otra parte (el trabajador), sin necesidad de acudir a la resolución judicial*”.⁵⁰

Por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión o voluntad unilateral del empresario. “*En nuestro sistema esa decisión tan solo puede adoptarse cuando concurre una causa justificada, cuya ausencia entraña consecuencias negativas para el empresario (de restablecimiento de la relación laboral o, cuando menos, de indemnización)*”.⁵¹

Tras el periodo de sanciones que se le imponen a Laura González y ante la negativa por parte de ésta a desempeñar su trabajo sin la utilización del velo islámico o hiyab, finalmente se procede a su despido por la empresa Maca S.A. En la carta de despido que recibe la trabajadora, figura que el despido se basa en falta disciplinaria y bajo rendimiento por parte de esta.

Se tratan pues, de dos de las causas de despido disciplinario reguladas en el artículo 54.2 letras b) “*la indisciplina o desobediencia en el trabajo*” y e) “*la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*” respectivamente, del ET. Cabe destacar, que el despido disciplinario solo tiene lugar cuando se cumple alguna de las causas que figuran en el artículo 54 del ET.

El despido disciplinario en nuestro país, es una forma de extinción por parte del empresario de la relación laboral que une a este con el trabajador. Se aplica por causas siempre imputables al trabajador.

Por tanto, debemos destacar los rasgos característicos para que se pueda llevar a cabo el despido disciplinario son los siguientes:

- Se trata de una decisión unilateral del empresario, con efectos inmediatos y sin necesidad de un preaviso al trabajador.
- El incumplimiento por parte del trabajador debe tener la consideración de grave, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los hechos, así como una continuidad o persistencia en el tiempo.
- El incumplimiento del trabajador en que se basa el despido disciplinario debe tener el carácter de culpable, es decir, que el trabajador realiza directamente de forma voluntaria y conscientemente los hechos que rompen con sus deberes laborales o contractuales.
- Que el despido se base en alguna de las causas del art. 54 del ET.

En el caso de la trabajadora Laura González, por un lado, la causa del despido por falta disciplinaria cumple todos los requisitos anteriores, ya que tiene la

⁵⁰ CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 512.

⁵¹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015, p.778.

consideración de grave no obedecer las decisiones empresariales y se reiteran en el tiempo. Ahora bien, si estas decisiones de la dirección de la sociedad atentan contra un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, este no está obligado en ningún caso a obedecerlas y deberá seguir desempeñando su trabajo igualmente, actuando siempre de buena fe.

Por otro lado, el motivo de bajo rendimiento por parte de la trabajadora Laura González, viene supeditado por la discriminación y acoso moral que sufre por parte de sus compañeros de profesión y por parte de la empresa Maca S.A., y no debido a que la trabajadora disminuya su rendimiento de forma deliberada.

Aquí en el presente supuesto, no cabe la calificación por parte de un tribunal de despido procedente o improcedente, ya que el art. 55 apartado quinto del ET y 108.2 de la LJS, dispone que *“será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”*.

Pues bien, en virtud de este precepto, el despido de la trabajadora Laura González es nulo, ya que como se ha visto se ha producido debido a la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa y a la existencia de una discriminación por motivos religiosos, al impedírsele la utilización del velo islámico durante la jornada laboral mientras que si se le permitía la exhibición y porte de otros símbolos religiosos a sus compañeros, como lo son las cruces cristianas.

El art. 55 apartado sexto del ET establece que *“el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”*. Es decir, una vez declarada la nulidad del despido, el empresario deberá readmitir al trabajador y si este no lo hace se solicitará al juez la ejecución del fallo se la sentencia. En este caso, la trabajadora Laura González podrá volver a su puesto de trabajo abonándosele los salarios dejados de percibir por su despido.

Como dispone el art. 183 apartado primero de la LJS, *“cuando la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*.⁵²

Asimismo, el apartado segundo del propio art. 183 de la LJS dice *“el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulto demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*.

Por lo tanto, la empresa Maca S.A., deberá resarcir los daños y perjuicios causados por vulnerar el derecho fundamental a la libertad religiosa de la trabajadora Laura González, así como los daños y perjuicios adicionales derivados de dicha vulneración.

⁵² STS de 12 de junio de 2001 [RJ 3827/2000].

IV. Demanda contra la empresa Maca S.A. por daños y perjuicios psicológicos.

1. Mobbing laboral a la trabajadora Laura González por parte de sus compañeros de trabajo.

En el supuesto que nos ocupa, la trabajadora Laura González a raíz de la utilización del velo islámico o hiyab durante el desempeño de su trabajo sufre una serie de burlas, comentarios a sus espaldas e incluso quejas de sus compañeros lo que le ocasiona una serie de episodios de ansiedad influyéndole en su rendimiento laboral.

Esto tiene la consideración de acoso moral laboral o lo que viene siendo lo mismo, “mobbing”. Se entenderá por mobbing *“el encadenamiento sobre un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera, constituyendo un proceso de destrucción que se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos”*.⁵³

Según Hirigoyen, el acoso moral en el trabajo se define como *“toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo”*.⁵⁴

Para Morán Astorga, el acoso moral es *“el maltrato persistente, deliberado y sistemático de varios miembros de una organización hacia un individuo con el objetivo de aniquilarlo psicológica y socialmente y de que se abandone la organización”*.⁵⁵

Pues bien, si las burlas, los comentarios a sus espaldas y las quejas que recibe la trabajadora Laura González, por parte de sus compañeros durante el desempeño de su trabajo se producen en un intervalo de tiempo prolongado, de forma sistemática y reiterada afectando a la dignidad o a la integridad psíquica o física de dicha trabajadora, lo cual entendemos que sí, podemos decir que nos encontramos ante una situación de acoso moral laboral o mobbing.

El bien jurídico afectado es la dignidad de la persona. Según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *“la dignidad equivale al respecto que es debido a quien presta una actividad laboral para otro, que tiene derecho a mantenerse en su puesto con la honorabilidad que es debida a toda persona y especialmente a quien trabaja, expresión que ha de medirse en todo caso con un criterio social objetivo. El menoscabo de la dignidad ... exige la existencia de una actitud empresarial que ... sea claramente vejatoria o, al menos, atente abiertamente sobre ese derecho que todo trabajador tiene reconocido en el ap. 1 e) del art. 4 del propio Estatuto de los Trabajadores en favor del debido respeto que a su dignidad personal es debido”*.⁵⁶

⁵³ PÉREZ MACHÍO, A. I.: *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 23.

⁵⁴ HIRIGOYEN, M.: *El acoso moral en el trabajo*, Paidós contextos, Barcelona, 2001, p. 19.

⁵⁵ MORÁN ASTORGA, C.: *Estrés, burnout y mobbing: recursos y estrategias de afrontamiento*, Amarú, Madrid, 2005, p. 14.

⁵⁶ STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2016 [JUR 2017\18088].

Para la existencia de mobbing o acoso laboral, según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de noviembre del 2012,⁵⁷ es necesaria la concurrencia de una serie de elementos o requisitos. Estos son:

- Elemento objetivo. El trabajo realizado por la víctima ha de ser por cuenta ajena, excluyendo por tanto, el realizado por cuenta propia.
- Elemento temporal. La conducta debe tener un carácter recurrente y sistemático, es decir, que se realice durante un determinado periodo y de forma habitual. Por lo tanto, se dejan fuera los actos que se realicen de forma aislada y esporádica aunque estos atenten igualmente contra la dignidad de la persona. Hablamos de un comportamiento abusivo que se debe de realizar al menos una vez a la semana y durante un espacio de tiempo mínimo de 6 meses.
- Elemento intencional. Supone la creación de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Este tipo de comportamiento tiene como única finalidad la de destruir a la víctima, por lo que tiene que haber una intención y esta ser maliciosa.
- Elemento geográfico. La conducta debe realizarse en el tiempo y lugar de trabajo y por miembros de la empresa o como consecuencia de la relación laboral, por lo que el acoso realizado fuera de esta no constituye mobbing laboral.
- Elemento teleológico. Se trata de que mediante la conducta de acoso el trabajador abandone su puesto de trabajo, es decir, que abandone la organización. Por lo tanto, cuando la conducta acosadora tenga una finalidad distinta a la de obtener una salida de la organización por parte del trabajador, no se podrá considerar como mobbing.

En este supuesto de la trabajadora Laura González, entendemos que se cumplen todos los elementos para apreciar el mobbing, ya que se produce en un trabajo realizado por cuenta ajena, en un intervalo de tiempo prolongado y de forma habitual, donde se produce un cambio en la “atmosfera laboral” debido a las burlas y comentarios degradantes de sus compañeros, se produce dentro de la jornada laboral y la finalidad del acoso es que Laura acabe por abandonar su puesto de trabajo.

En cuanto a los tipos de mobbing, destacamos que puede ser tanto vertical como horizontal. Por un lado, estaremos ante un acoso laboral vertical, también conocido como “bossing”, cuando la conducta de persecución u hostigamiento se produzca entre el superior jerárquico y el propio trabajador víctima del acoso.⁵⁸ También puede producirse de inferior a superior jerárquico. Por otro lado, estaremos ante acoso horizontal, cuando la conducta de persecución u hostigamiento se produzca entre compañeros de trabajo del mismo nivel jerárquico.⁵⁹

Entendemos que en este supuesto, nos encontramos ante un mobbing horizontal, al producirse las burlas y comentarios ofensivos o denigrantes por parte de sus

⁵⁷ STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2012 [JUR 2013\2446].

⁵⁸ RUBIO DE MEDINA, M. D.: *Extinción del contrato laboral por acosos moral –mobbing–*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 15.

⁵⁹ PÉREZ MACHÍO, A. I.: *Mobbing y Derecho Penal*, op. cit., pp. 25 y 26.

compañeros de trabajo, y no por parte de sus superiores jerárquicos, lo que se trataría de mobbing vertical. Ahora bien, podría también llegar a ser vertical si los directivos de la empresa hacen comunicados abiertos para que conozcan la situación el resto de compañeros, que debían haber sido dirigidos solamente a la trabajadora en particular, Laura González. Es decir, si la empresa hace públicas las sanciones a la trabajadora e incluso la reprime delante de sus compañeros, si que se podría apreciar mobbing vertical.

La comisión del acoso moral está penalizada tanto por conducta activa como por conducta omisiva. En cuanto a esta última, se refiere a aquellos supuestos en los que el superior jerárquico tiene una posición de garante y no decide poner fin a la situación de acoso al que está sometido el trabajador una vez que tenga conocimiento de la existencia de la misma.

Por otro lado, en el art. 4 apartado segundo del ET en la letra e) se dispone que *“al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Se establece en este precepto, un derecho laboral que ostentan los trabajadores, con la finalidad de garantizar la intimidad, dignidad e integridad psíquica y física frente a actos de acoso por diversos motivos entre los que encontramos la religión o convicciones. La trabajadora Laura González sufre el acoso por motivos religiosos al utilizar el velo islámico durante la jornada laboral, lo cual es una vulneración de la manifestación de la libertad religiosa consagrada en el art. 16 de la CE.

Asimismo, el art. 54 apartado segundo del ET establece en la letra g) que *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”*. Es decir, el empresario podrá extinguir la relación laboral mediante el despido disciplinario a aquellos trabajadores que realicen conductas de acoso en la jornada laboral.⁶⁰

Por último, el art. 8.11 de la LISOS considera como infracción muy grave los actos del empresario que fueran contrarios al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, es decir, se establece como infracción muy grave por parte del empresario el acoso moral. Por tanto, en virtud de este precepto, el empresario podría ser sancionado si se prueba que ha cometido actos que dañen la dignidad e integridad del trabajador.

Debido al acoso sufrido, Laura González tiene episodios de ansiedad que cada vez se agudizan más, por lo que decide ir al médico donde se le diagnostica depresión aguda. Por lo tanto, existe un acoso moral laboral que le produce a la trabajadora un daño o perjuicios que le llegan a producir depresión aguda.

Una situación similar apreciamos en la situación de una trabajadora de Acciona que tras haber sufrido acoso laboral, acude al centro de salud por trastorno adaptativo con ansiedad y se le diagnostica sintomatología mixta ansiosa depresiva reactiva.⁶¹

⁶⁰ ROALES PANIAGUA, E.: “El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario. (a propósito de la STSJ Cataluña de 17 de julio de 2009)”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 69, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2010, p. 6.

⁶¹ SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8].

En virtud de todo lo expuesto, la trabajadora Laura podrá interponer la demanda contra la sociedad Maca S.A., por daños y perjuicios psicológicos derivados del acoso moral laboral o mobbing sufrido. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el art. 25 apartado tercero de la LJS que establece que *“también podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”*. Por tanto, la demanda por daños y perjuicios, al ser interpuesta por la misma trabajadora que presenta la demanda por el despido, se podría acumular en esta última.

Cabe destacar también, que toda vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada una indemnización por daños y perjuicios que se le pudieran causar a la víctima por la restricción de disfrutar y gozar de su derecho. Como puede observarse en la sentencia de Palma de Mallorca *“el artículo 183 de la LRJS dispone, apartados 1º y 2º que: cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*.⁶²

2. Delito de discriminación laboral del artículo 314 y de acoso laboral del artículo 173.1 del Código Penal.

En el caso que nos ocupa, se produce una discriminación que se caracteriza por tener lugar en el ámbito laboral. La discriminación laboral posee un amplio apoyo constitucional en el art. 14 de la CE y art. 16.1 de la CE.

A mayores, en los arts. 311 a 318 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*⁶³, se regulan los delitos contra los derechos de los trabajadores. Más concretamente en el art. 314, se configura el delito de discriminación laboral. Este delito contemplado en el art. 314 del CP, es una creación novedosa del legislador, y tiene como finalidad específica la de evitar la discriminación en el ámbito laboral, y más concretamente, a proteger el derecho que ostentan los trabajadores a la igualdad y a no ser discriminados. Se pretende con este precepto que las agresiones más graves a los trabajadores tengan un tratamiento punitivo, protegiendo así los derechos de los trabajadores.

Se establece que *“los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción*

⁶²SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8].

⁶³BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP.

administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

En primer lugar, debemos especificar el ámbito de aplicación de este precepto. Se entiende que es el ámbito laboral regulado por el ET, aunque también se hace referencia explícita tanto al empleo público como privado. El bien jurídico protegido es el valor a “no ser discriminado”. El sujeto pasivo de este tipo delictivo son los trabajadores que sufren la discriminación durante su jornada laboral.

Se trata de un delito de pluralidad de actos ya que requiere producir una grave discriminación y no restablecer la situación de igualdad ante la Ley ni reparar los daños económicos que se hayan derivado de dicha situación discriminatoria. Se distingue una conducta discriminatoria, que podrá ser una acción propiamente dicha o una omisión, y el incumplimiento del mandato de restablecer la situación de igualdad y de reparar los daños económicos que se hubieran derivado, el cual será siempre una conducta omisiva.⁶⁴

Se trata por tanto, de un delito de resultado y no de mera actividad, de modo que se deberá producir un resultado discriminatorio que no tendrá porque ser económico pudiendo ser un perjuicio en la dignidad personal del trabajador. Este resultado discriminatorio tendrá que tener la consideración de “grave”.

La conducta que se debe imputar al sujeto es la de no restablecer la situación de igualdad ante la ley ni reparar los daños económicos que se hubieran producido de la propia conducta, y todo ello tras el requerimiento o sanción administrativa. Es decir, se trata de que no se mantenga la situación de discriminación.

En el supuesto en el que se llevase a cabo la acción discriminatoria con resultado lesivo dentro del ámbito laboral pero se restableciera la situación de igualdad ante la ley y se reparasen los daños económicos derivados, no podríamos hablar de una discriminación laboral penalmente relevante, con lo que reiteramos nuestra posición respecto a que el tipo penal está conformado por la suma acumulativa de varios actos y que son necesarios todos para que éste sea consumado. En concreto, entendemos que se trata de un delito de omisión conformado por un delito de varios actos.⁶⁵

Por lo tanto, en este supuesto donde la trabajadora Laura González sufre acoso laboral no puede apreciarse este delito del art. 314 del código penal, ya que a pesar de que existe una discriminación con un resultado lesivo dentro del ámbito laboral, y no se lleva a cabo ninguna actuación encaminada a restablecer la situación de igualdad ni se reparan los daños económicos derivados de dicha lesión, en ningún caso se produce un requerimiento o sanción administrativa al empresario, por lo que la ausencia de este último requisito impide la aplicación de este precepto.

Por otro lado, se debe hacer una breve referencia al acoso laboral tipificado en el art. 173 apartado primero del CP, que dispone en su párrafo segundo que *“con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de*

⁶⁴ PÉREZ MANZANO, M.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista crítica de teoría y práctica*, Año 1, núm. 1, Relaciones Laborales, 1997, p. 36.

⁶⁵ TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, op. cit., p. 222.

forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

Para la aplicación de este precepto es necesario que el superior jerárquico del trabajador, realice contra éste, actos reiterados que por su naturaleza sean hostiles o humillen a su persona suponiendo un grave acoso, sin que en ningún caso estos tengan la consideración ni lleguen a constituir trato degradante.

Por trato degradante debemos entender *“aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral”*.⁶⁶

El acoso laboral delictivo se circunscribe al que un superior practica sobre un subordinado o un sujeto que se encuentre en una posición de inferioridad profesional respecto de aquél. En esta situación, la vulnerabilidad del trabajador del sector privado se puede considerar acrecentada precisamente porque, entre otras cosas, puede ser despedido por el acosador y perder así su medio de vida con todo lo que ello implica.⁶⁷

Este tipo penal tampoco es aplicable al caso que nos ocupa, ya que en ningún caso se tiene como objetivo por parte de los superiores jerárquicos de la trabajadora Laura González la intención de humillar o hostigar con la finalidad de acosar a la víctima. Este precepto no es aplicable a los compañeros de Laura, es decir el acoso horizontal, que es lo que sucede en el supuesto, y tampoco tiene cabida en acoso ascendente que se produce entre inferior a superior jerárquico.

⁶⁶ STS de 29 de septiembre de 1998 [RJ 1998\7370].

⁶⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante”, en *Diario la Ley*, Año 31, núm. 7534, LA LEY, Madrid, 2010, p. 8.

V. El uso de otros símbolos religiosos en el ámbito laboral.

1. En el caso de tratarse de un nikab o de un burka.

Es necesario, tras abordar el tema del uso del velo islámico o hiyab en el ámbito laboral, centrarnos en observar y analizar en el caso de utilizarse otros símbolos como el nikab o el burka.

En la utilización de estos símbolos, se puede hablar de una vulneración de los derechos humanos de las mujeres, pero *“lo que realmente se debate es el significado político-religioso del velo, el estatuto jurídico inferior y la general falta de libertad que respiran una parte de las mujeres musulmanas, así como su notoria carencia de autonomía personal. Son muchas las mujeres que en el mundo árabe no tienen derecho a contraer matrimonio libremente”*.⁶⁸ Se habla en muchos casos de que la utilización del burka es una forma de sometimiento y como un símbolo de opresión sobre la mujer y no como un simple signo religioso o cultural como propugna el Islam.

Asimismo, se plantea si debería prohibirse el uso del burka debido a que las mujeres no lo utilizan libremente por lo que constituye una coacción y vulneración de los derechos humanos. Sobre esto, el TC advierte que *“el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar (...) lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales y, en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas”*.⁶⁹ En nuestro país, se defienden unos valores de igualdad entre las mujeres y los hombres, como así se establece en el art. 14 de la CE.

Debemos empezar definiendo qué se entiende por burka. Pues bien, según la RAE se trata de una *“vestidura femenina propia de Afganistán y otros países islámicos, que oculta el cuerpo y la cabeza por completo, dejando una pequeña abertura de malla a la altura de los ojos”*.

De esta definición, determinamos que se trata de una prenda de ropa utilizada por las mujeres procedentes de países que profesan el islam, y la cual oculta el cuerpo entero de quién lo usa dejando simplemente una abertura para poder ver. Se trata por tanto, de un símbolo personal ya que *“es aquel que se incorpora a las personas, en calidad de vestuario, atuendo o adorno”*.⁷⁰

Sin embargo, el niqab, el cual carece de una definición en la RAE, es *“una prenda que cubre todo el cuerpo hasta la rodilla y sólo deja libre la zona de los ojos (por esta razón, muchas mujeres lo combinan con otro velo más pequeño para esa*

⁶⁸ GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, op. cit., p. 378.

⁶⁹ STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].

⁷⁰ AMÉRIGO, F.; PELAYO, D.: *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, op. cit., p. 12.

zona)".⁷¹ Se trata al igual que el burka de un símbolo religioso, diferenciándose el niqab en que solo cubre hasta la rodilla, mientras que el burka cubre totalmente el cuerpo hasta los pies.

Como se ha visto, en virtud del art. 16 de la CE en nuestra sociedad se permite el uso de símbolos religiosos debido a que forman parte del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa, y su limitación solo se podía establecer mediante una norma con rango de ley que tenga como finalidad la protección del ejercicio de una libertad pública o un derecho fundamental de terceras personas, o la salvaguardia de la seguridad, la salud o la moralidad pública, es decir, del orden público español.

Ahora bien, es necesario concretar si el burka se trata de un símbolo religioso que pueda limitarse por vulnerar un derecho fundamental de los demás o lesionar el orden público. Cabe anunciar como veremos que existen diversas opiniones y razonamientos al respecto.

Una Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Lleida estableció la prohibición de la utilización del velo integral en los espacios municipales. Se presentó recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

La ordenanza municipal establecía en su art. 26.2 lo siguiente *“La normativa reguladora de los servicios y del uso de los edificios y equipamientos municipales (reglamentos, normas de funcionamiento, instrumentos, etc.) podrá limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas”*.

Pues bien, el Tribunal Supremo resuelve en su sentencia de 14 de febrero de 2013,⁷² estimando el recurso de casación y, por tanto, por un lado, anula la ordenanza municipal, ya que considera que con ella se está limitando el ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa de las personas que portan el velo integral, y por otro, que el Ayuntamiento de Lleida carece de competencia para regular una limitación del derecho fundamental a la libertad religiosa, ya que es necesario para ello la previa existencia de una ley, cosa que no existe.

Asimismo, se pone de relieve la falta de justificación en la sentencia recurrida sobre que la utilización del velo integral pueda perturbar la tranquilidad ciudadana, la seguridad y el orden público español, como así que la medida fuese necesario para proteger la igualdad de la mujer en nuestra sociedad.

Se ha limitado el uso del burka o del niqab en dependencias oficiales por motivos de seguridad y de identificación, *“pero la posibilidad de estos controles no*

⁷¹GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña, op. cit.*, p. 377.

⁷² STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].

*implica una prohibición general de cubrirse el rostro en todo espacio público y lugar, sino únicamente la obligación de descubrirse para la identificación cuando la persona sea requerida en un control de identidad necesario para el cumplimiento de las funciones que las leyes encomiendan a los cuerpos y fuerzas de seguridad, es decir, parciales prohibiciones de uso de velo integral en ciertos contextos”.*⁷³

En el ámbito laboral, en el supuesto de que una trabajadora utilizase el burka o niqab en su puesto de trabajo plantearía numerosos problemas. En este caso, no estamos hablando de un simple pañuelo o velo islámico que cubra la cabeza pero deje visible el rostro (como sucedía con la trabajadora Laura González), sino de una prenda que cubre totalmente el cuerpo de una mujer dejando simplemente a la vista sus ojos, y por lo tanto, dificultando enormemente o incluso impidiendo su identificación, así como de poder visualizar sus expresiones faciales a la hora de comunicarse con un tercero.

Está claro, que el ejercicio de un trabajo de cara al público, es incompatible con la utilización de una prenda de vestir que oculte su cuerpo totalmente a excepción de sus ojos, ya que en estos puestos al estar en contacto con terceras personas existe una comunicación, la cual se dificulta si se tiene el rostro cubierto.

Incluso aunque se desarrollara la actividad laboral sin estar en contacto con el público, la utilización del velo integral podría ser peligrosa para el propio trabajador, ya que en la mayoría de los puestos de trabajo la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, *de prevención de Riesgos Laborales*,⁷⁴ establece que se deberán cumplir con las medidas de seguridad y salud incluyendo en su caso, el uso de casco, mascarilla u otros elementos para la protección del trabajador.

2. En el caso de tratarse de una cruz cristiana o de una kipá judía.

La cruz cristiana y la kipá judía son símbolos religiosos, que guardan un gran parecido o similitud con el del velo islámico o hiyab, ya que manifiestan una creencia o convicción religiosa sin contradecir el orden público.

Cabe destacar, que al contrario que el burka y el niqab que cubrían prácticamente el cuerpo de una mujer en casi su totalidad, la cruz cristiana y la kipá judía son símbolos religiosos que no impiden la identificación de la persona que los lleva puestos.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de marzo de 1993, establece la distinción entre un crucifijo y una simple cruz, determinando que *“aunque la cruz, sin más, sea un símbolo para los cristianos en memoria de que en una cruz padeció Cristo la muerte, no puede dejar de reconocerse que tiene otras muchas simbologías y no la*

⁷³ LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á.: “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, Madrid, pp. 44 y 45.

⁷⁴ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

unívoca que corresponde al crucifijo, por lo que una cruz en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado".⁷⁵

Por tanto, hay que distinguir entre un crucifijo, el cual es un símbolo religioso, y una simple cruz sin contenido ni significado religioso.

Por un lado, en el caso de la cruz cristiana destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH),⁷⁶ caso de Eweida y otros contra Reino Unido, de 15 de enero de 2013. Están acumulados cuatro asuntos diferentes, pero todos ellos tratan la libertad religiosa en el ámbito laboral. Nos centraremos en los referidos a la pretensión de dos trabajadoras de llevar además de su uniforme de trabajo, una cadena al cuello portando una cruz religiosa. Se alega por parte de los recurrentes que en el Derecho interno no se ha protegido el derecho a manifestar su religión, argumentando la vulneración del art. 9 relativo a la libertad religiosa y el art. 14 relativo a la no discriminación, del CEDH.

La señora Nadia Eweida, es una empleada de la compañía aérea privada British Airways. Esta empresa exige a todo su personal el uso de una vestimenta uniforme. La trabajadora esta el contacto con los clientes durante la prestación de servicios. La regulación sobre la vestimenta prohibía *"la utilización de ningún tipo de joya, así como cualquier complemento religioso, a no ser que se le pidiese permiso a la empresa"*. Así varios compañeros que profesaban el sijismo se les permitió llevar el turbante o la pulsera, así como a las mujeres musulmanas a utilizar el pañuelo.

En un principio, la señora Eweida llevaba la cruz cristiana escondida pero pasó a llevarla visible para dar testimonio de su fe. Ante la negativa de la trabajadora de cumplir con la normativa de la empresa sobre la vestimenta a utilizar, es sancionada por la empresa.

Posteriormente, se le ofrece a la señora Eweida un trabajo administrativo, el cual no exigía el contacto con clientes y por lo tanto, no era preciso la utilización de uniforme permitiéndole llevar el colgante de la cruz cristiana. Ella decide no aceptar la oferta del nuevo puesto de trabajo. Debido a esta situación, la compañía aérea decide

⁷⁵ STS de 25 de marzo de 1993 [RJ 1993\3152]: *"se impone realizar la necesaria comparación o poner de relieve el indudable contraste existente entre el crucifijo constituido por una cruz a la que se halla incorporada la imagen de Jesús crucificado y la cruz que según el diccionario de la lengua es la figura formada por dos líneas que se atraviesan y cortan perpendicularmente, o patíbulo formado por un madero hincado verticalmente y atravesado en su parte superior por otro más corto, en los que como suplicio o pena se clavaban o sujetaban las manos y los pies de los condenados a sufrir la muerte por hambre y sed, de manera que, aunque la cruz, sin más, sea un símbolo para los cristianos en memoria de que en una cruz padeció Cristo la muerte, no puede dejar de reconocerse que tiene otras muchas simbologías y no la unívoca que corresponde al crucifijo, por lo que una cruz en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado, de donde resulta que al parecer del relato fáctico de la sentencia recurrida que en el vídeo en cuestión, aparecía por dos veces, en un primer plano vertical y otra en horizontal sobre un ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical, en la que la figura humana crucificada tenía una cabeza en forma de animal, claro resulta que falta un elemento del delito en cuanto la descrita cruz en modo alguno puede identificarse con el crucifijo y, en consecuencia, reputarse como cosa sagrada, abonándolo así, además, el hecho de que en la mencionada cruz falta la parte superior del madero vertical en el que suele consignarse la palabra INRI, compuesta por las iniciales del rótulo latino Iesus Nazarenus Rex Iuadeorum que constituye el símbolo de la crucifixión de Cristo y que la distingue de la de cualquier otra persona"*.

⁷⁶ STEDH de 15 de enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido [Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10].

modificar la normativa de vestimenta para que se pudiese mostrar la cruz cristiana y la estrella de David.

Pues bien, no existe por tanto en este caso una vulneración del art. 9 del CEDH ya que el derecho de la trabajadora a manifestar su creencia religiosa, en la forma de culto y práctica.

Caso distinto, es si a la trabajadora se le impide llevar la cruz cristiana mientras al resto de sus compañeros de trabajo portan otros símbolos religiosos y no se les aplica tal prohibición, ya que en su caso, si que estaríamos hablando de la existencia de discriminación por motivos religiosos y vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa.

Según la RAE la kipá es un “*casquete redondo, semejante al solideo, usado por los judíos practicantes, especialmente en los actos religiosos*”. Es decir, es un gorro ritual judío con forma de cúpula que sirve para cubrir la parte de arriba de la cabeza. Asimismo, representa la cercanía de la persona con Dios y el triunfo de la humildad sobre el ego.

Hay que destacar, que la kipá en ningún caso impide la identificación de la persona que la usa, ya que solo cubre la parte de arriba de la cabeza dejando totalmente visible la cara. Por tanto, no afecta a la seguridad de terceras personas ni afecta al orden público español.

Por otro lado, en el caso de la utilización de un trabajador de la Kipá judía durante la jornada laboral, podemos destacar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares del 9 de septiembre del 2002.⁷⁷ Se trata de un recurso de suplicación interpuesto por la Empresa Municipal de Transportes contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Palma de Mallorca.

El señor Gerardo trabaja como conductor para la Empresa Municipal de Transporte S.A., y durante la prestación de servicios ha utilizado una gorra para cubrirse la cabeza. Debido a su uso, la empresa le abre expediente disciplinario e incluso en sancionado.

El motivo del recurso de suplicación, es la vulneración del art. 26 del convenio colectivo de empresa que regula la vestimenta a utilizar por los empleados. Entre el vestuario estipulado no figura el uso de gorra, por lo que el convenio debe ser respetado por todos los trabajadores, incluso por los que no lo firmaron.

La sentencia razona que “*el empresario goza del poder empresarial de dirección y organización de la actividad que le otorga el art. 38 de la CE, por lo que está legitimado para imponer una vestimenta uniforme a sus empleados durante la prestación de los servicios*”. Ahora bien, si bien es cierto que el art. 26 del convenio de empresa genera la obligación de la utilización del vestuario para los trabajadores durante la jornada laboral y que la empresa por tanto, lo puede exigir pero siempre que la imposición de este uniforme no colisione con un derecho fundamental o libertades públicas.

En este caso, el señor Gerardo “*no utiliza la gorra durante la jornada laboral por simple capricho o a una moda, sino que supone un acto prescrito por su religión, y*

⁷⁷ STSJ de Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

por tanto, una manifestación de la libertad religiosa consagrada en el art. 16 de la CE”.

Mediante la utilización de la gorra por el trabajador durante el tiempo de trabajo, “no consta que se le haya causado ningún daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o ningún perjuicio”. El señor Gerardo ha utilizado durante años la gorra sin que la empresa hubiese hecho alguna alegación al respeto, por lo que no se entiende el cambio brusco de actitud e intolerancia por su uso, sin mediar explicación ninguna al respecto.

La sentencia concluye con el fallo a favor del trabajador, ya que ante el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho de la empresa a dirigir la actividad laboral, este último debe ceder a favor de que el trabajador pueda manifestar sus creencias religiosas, al no afectar ni causar ningún perjuicio a la sociedad.

Es que como establece la sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, “luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho a una decisión de la empresa, rayana pues el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados; máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público y que puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales”.⁷⁸

La libertad de empresa consagrada en el art. 38 de la CE que le otorga al empresario el poder de dirección y organización de la actividad, debe ceder ante el derecho fundamental a la libertad religiosa de un trabajador que desea expresar sus creencias religiosas o convicciones a través de la utilización de un símbolo propio de su religión.

Sin embargo, podría existir discriminación por motivos religiosos si se le permite a alguno de los trabajadores la utilización de símbolos y se le restringen y prohíben a otros.

⁷⁸SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [RJ 2017\8].

VI. Demanda presentada por la empresa Maca S.A. contra la “Asociación para la Defensa del Velo Islámico”.

1. Campaña de boicot por parte de la Asociación.

En la actualidad, existen numerosas asociaciones creadas con la finalidad de reivindicar y defender los derechos y libertades de los ciudadanos ante actuaciones de terceras personas, ya sean físicas o jurídicas, que sean abusivas e incluso constitutivas de infracción civil o penal.

La Asociación para la Defensa del Velo Islámico lleva a cabo, durante el tiempo que la trabajadora Laura González utiliza el hiyab o velo islámico en contra de las presiones ejercidas por la dirección de la empresa Maca S.A., y burlas, comentarios y comentarios a sus espaldas por parte de sus compañeros de trabajo, un boicot contra los almacenes de ropa Maca, S.A. Este boicot contra los productos distribuidos por dicha empresa, conlleva a un descenso de las ventas de la misma en un 50%.

Según la RAE, se entenderá por boicot “*toda acción que se dirige contra una persona o entidad para obstaculizar el desarrollo o funcionamiento de una determinada actividad social o comercial*”. Se deduce que se trata de una actividad realizada con la finalidad de causar un perjuicio económico a una entidad determinada.

Poco se nos dice que como se lleva a cabo el boicot a la empresa Maca S.A., por parte de la Asociación para la Defensa del Velo Islámico, pero se tratara de explicar las posibles vías jurídicas que ostenta la mercantil Maca S.A., para interponer demanda ante los tribunales españoles, y así defender su imagen y honor ante las acusaciones realizadas contra la misma.

2. Posibles vías para demandar a la Asociación y perspectivas de éxito.

Son varias las vías que existen en la actualidad para demandar por daños patrimoniales en los casos en que una empresa sufra un boicot.

Una primera vía, sería la de presentar demanda fundamentándola en la lesión al derecho al honor que ostenta la sociedad Maca S.L., ya que la campaña llevada a cabo por la Asociación para la defensa del velo islámico daña la imagen y la buena reputación de la sociedad.

El art. 18 de la CE establece en su apartado primero que “*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. El derecho al honor se trata por tanto, de un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona, que define un ámbito de la vida del individuo inmune a las perturbaciones de los poderes públicos y de los terceros. Ahora bien, son titulares todas las personas físicas y también a la personas jurídico-privadas.

Asimismo la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*⁷⁹, “*el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley*”.

Si bien la CE reconoce el derecho al honor, ni en ella, ni en ningún cuerpo normativo, incluida la ley orgánica que lo desarrolla, se lleva a cabo una definición del concepto de honor. Se deja así un concepto indeterminado, abierto a la interpretación que de él hagan los órganos judiciales.⁸⁰

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se define el honor en sentido de buena reputación “*la cual como la fama y aún la honra consisten en la opinión de las gentes tienen de una persona, buena o positiva, si no van acompañadas de adjetivo alguno*”.

Entendido el honor en sentido objetivo, es decir, considerando el honor en sentido de buena reputación, de buena fama, es posible extenderlo también a las personas jurídicas de Derecho privado. No existe ningún problema en que las personas jurídicas sean titulares del derecho fundamental al honor.

Así lo ha reconocido el TC en su sentencia 139/1995, de 26 de septiembre que argumenta que “*la Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su art. 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales.*”.

El art. 1902 Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*,⁸¹ establece que “*es que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Se puede hablar en este caso, de una responsabilidad extracontractual entre la Asociación para la Defensa del Velo Islámico y la sociedad Maca S.A. Excepcionalmente, podría llegar a “*invocarse, por ejemplo, por una persona jurídica, con la finalidad de solicitarla correspondiente indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales sufridos como consecuencia de la vulneración de su prestigio, fama o buen nombre, pese a que el recurso a este artículo, salvedad hecha de estos casos concretos, no sea habitual por parte de las personas jurídicas, dada la existencia de la citada Ley Orgánica, de contenido mucho más específico a tales efectos, a la que, de hecho, suelen recurrir en la práctica un buen número de sujetos que consideran vulnerado su honor por terceros*”.⁸²

⁷⁹ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

⁸⁰ GÓMEZ GARRIDO, J.: *Derecho al honor y persona jurídica-privada*, REDUR 8, Madrid, 2010, pág. 206.

⁸¹ BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, en adelante CC.

⁸² CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados al honor, perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 27.

Pues bien, una vez aclarado que las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos del derecho al honor, debemos averiguar si se puede producir en el presente caso un delito de injurias y calumnias.

Nada se dice de si la campaña de boicot se lleva a cabo con publicidad, es decir, mediante la imprenta, la radiodifusión o por otro medio, y si durante la duración de la misma se producen comentarios que puedan dañar la imagen y honor de la sociedad Maca S.A., mediante la realización de injurias y calumnias.

El CP establece en su art. 205 lo que se entiende por calumnia, *“es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*. Asimismo, en el art. 208 dispone que *“es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*.

En cuanto a las calumnias, se nos dice que *“han de ser precisas y deben de materializarse en actos concretos, quedando así excluidas las atribuciones genéricas, vagas o imprecisas, las cuales, dada la propia estructura del tipo, repelen la omisión como modalidad comisiva. De igual modo, dicha imputación, que tiene que dirigirse a persona determinada o determinable, y ha de recaer sobre algún delito del Libro II del CP”*.⁸³

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1ª, nº 163/2012, de 10 de julio,⁸⁴ se establece que *“el Tribunal Constitucional en sentencias nº 214/1991, de 11 de noviembre y 138/1995, de 26 de septiembre, ha admitido expresamente la posibilidad de que las personas sean sujetos pasivos de los delitos de injurias y calumnias al declarar que el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados ad personam, pues de ser así ello sería tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista, y admitir en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa. Asimismo, la sala 2ª del Tribunal Supremo, en la aplicación del Código Penal de 1973, ha reconocido la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujeto pasivo del delito de injurias. Así la sentencia de 28 de febrero de 1990”*.

Si en el presente supuesto, la “Asociación para la Defensa del Velo Islámico” realiza una serie de comentarios que no sea ciertos o traten de falsear la verdad, o asimismo realice comentarios ofensivos que atenten contra la dignidad de la persona jurídica en este caso la mercantil Maca S.A., estaremos en su caso, ante un delito de injurias y calumnias tipificado en el CP.

Como bien se determina en el supuesto, la campaña de boicot en contra de Maca S.A., produce un descenso del 50% de las ventas, lo que ocasiona lógicamente un daño patrimonial a la sociedad. Estamos por tanto, ante otra posible vía para demandar. El

⁸³CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados al honor, perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, op. cit., p. 98.

⁸⁴ SAP de las Palmas de 10 de julio de 2012 [JUR 2012\363765].

término daño patrimonial hace referencia a todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes de un determinado sujeto. Los daños patrimoniales tienen dos vertientes, el lucro cesante y el daño emergente.

Por un lado, por daño emergente debe entenderse el coste de la reparación necesaria del daño causado y los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio.

Por otro lado, por lucro cesante debe entenderse la manifestación concreta del daño patrimonial, y como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo.

El art. 1106 del CC dispone que *“la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*.

Ahora bien, este beneficio esperado por la sociedad Maca S.A., debe de justificarse de alguna forma. El modo más sencillo y fiable, es mediante la contabilidad que lleva la empresa, ya que en ella se muestran todos los ingresos y gastos que tiene y soporta la sociedad, y por lo tanto, los beneficios obtenidos.

Así como determina el TS en su sentencia de 13 de octubre de 1998, *“el lucro cesante, por su propia naturaleza, no puede probarse de modo directo, sino indirecto, en su cálculo de expectativas de ingresos y de vida fundado en las circunstancias de edad y socioeconómicas de la víctima y de sus relaciones con el perjudicado o los perjudicados, que la Sala efectivamente tiene en cuenta de modo expreso”*.⁸⁵

Resulta difícil poder probar el lucro cesante en una responsabilidad extracontractual, por lo que la mejor vía para demandar en por la vulneración al derecho al honor que ostentan las personas jurídicas.

⁸⁵ STS de 13 de octubre de 1998 [RJ 1998\7820].

Conclusiones.

España desde el fin de la Dictadura Franquista, más concretamente desde la década de los años noventa, ha pasado de ser un país de emigración, a convertirse en un país de inmigración, pasando de ser un país principalmente agrícola, a desarrollar una fuerte industria que ha provocado una notable mejora económica y con ello unas condiciones laborales más favorables para los trabajadores, atrayendo a población extranjera. Debido a esto, desde el año 2003, España ha experimentado un fuerte crecimiento de población extranjera, llegando a su punto más alto en el año 2010, ya que a partir de ese año, y como consecuencia de la crisis económica, se produce un leve descenso, acentuándose en el 2013.

Esta situación descrita deriva en una confluencia de personas pertenecientes a distinta confesionalidad religiosa que llegan a nuestro país en busca de un empleo, llevando a unas plantillas culturales heterogéneas en las empresas de la sociedad actual.

La regulación en materia del uso de los símbolos religiosos en el ámbito laboral en nuestro país es prácticamente inexistente, así como la jurisprudencia al respecto. Existe una única sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca del 6 de febrero del 2017. Asimismo, pero ya en el ámbito europeo, tenemos constancia de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelven dos supuestos de despido por la utilización del velo islámico en el puesto de trabajo.

El caso que nos ocupa presenta la situación que hemos descrito. La trabajadora Laura González tiene base jurídica para interponer demanda por el despido realizado por la empresa Maca S.A., argumentando la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa, consagrado en el art. 16 de la CE, al impedírsele la utilización de un velo islámico o hiyab en su puesto de trabajo. El uso de este símbolo está amparado por el contenido del derecho a la libertad religiosa que debe siempre primar sobre la libertad de empresa del art. 38 de la CE, que permite al empresario dirigir y organizar libremente la actividad empresarial, incluyendo la imposición de una vestimenta uniforme para todos sus empleados.

A su vez, otro argumento a favor de Laura González es la existencia de discriminación por motivos religiosos, ya que se le está prohibiendo por parte de Maca S.A., la utilización de un símbolo religioso como lo es el velo islámico, mientras que al resto de sus compañeros de trabajo se les permite el uso de colgantes de cruces en alusión a la religión cristiana. Todo esto, provoca una diferencia de trato basado directamente en la religión o en las convicciones.

Las sanciones impuestas a la trabajadora por la negativa reiterada de ésta a sacarse el hiyab durante la jornada laboral, deben declararse nulas por parte del tribunal, al provocar las mismas una situación de discriminación por motivos de religión o convicción y vulnerar el derecho a manifestar libremente sus creencias religiosas en virtud del derecho fundamental a la libertad religiosa.

En cuanto a la calificación del despido de la trabajadora Laura González deberá declararse nulo en virtud de lo dispuesto en el art. 55 apartado quinto del ET, ya que en este caso tiene como móvil una causa de discriminación por motivos religiosos, y existe una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como lo es la libertad religiosa. La empresa Maca S.A., deberá readmitir inmediatamente de la

trabajadora y abonar los salarios dejados de percibir, así como el cese inmediato de la discriminación tras su incorporación a su puesto de trabajo.

Es oportuna la demanda presentada por la trabajadora Laura González por daños y perjuicios psicológicos, debido a que ha sufrido una situación de acoso moral laboral o mobbing por razón de su religión, mediante la realización de comentarios degradantes y burlas que atentan contra su intimidad y dignidad personal.

Cabe destacar también que se excluye la responsabilidad penal por acoso y discriminación laboral de la mercantil Maca S.A., ya que el art. 314 del CP exige que, ante la pasividad en una situación de discriminación por el empresario, es necesario un requerimiento previo o sanción administrativa, algo que no sucede. Asimismo, tampoco se puede sancionar penalmente a la los directivos de Maca S.A., en virtud del art. 173.1 párrafo segundo del CP, ya que exige el acoso por parte de los superiores jerárquicos de Laura González y aquí se produce por parte de sus compañeros de trabajo.

La utilización de símbolos religiosos como el niqab o el burka en el puesto de trabajo sea de cara al público o no, deberían estar terminantemente prohibidos ya que dificultan e incluso impiden la identificación de la persona que los porta así como visualizar sus expresiones faciales, afectando a la seguridad y por lo tanto, al orden público, el cual es uno de los elementos limitadores del derecho a la libertad religiosa en nuestro país.

Caso distinto supone el porte de símbolos religiosos como la cruz cristiana o la kipá judía durante la jornada laboral, ya que estos expresan la creencia del trabajador y no impiden en ningún caso la identificación de la persona que los utiliza, y por tanto no atentan contra el orden público español. Son símbolos que al igual que el velo islámico, son una forma de expresar la religión sin atender contra los derechos fundamentales de los demás y se salvaguarda la seguridad, la salud y la moralidad pública.

La vía fundamental que tiene la empresa Maca S.A., para presentar demanda contra la “Asociación para la Defensa del Velo Islámico” por la realización de un boicot contra los productos de la sociedad, es la vulneración del derecho al honor en sentido de la buena reputación, consagrado en nuestra Constitución como un derecho fundamental para las personas físicas y extendido a las personas jurídica a través de la reiterada jurisprudencia. Ahora bien, existen otras vías como puede ser la responsabilidad extracontractual reclamando un lucro cesante, es decir, la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos como consecuencia del daño que le causa la realización del boicot.

Bibliografía

- AMÉRIGO, F.; PELAYO, D.: *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*, Fundación Alternativas, Madrid, 2013.
- CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Símbolos religiosos en un estado democrático y plural”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Segunda Época, núm. 10, Universidad de Jaén, 2010.
- CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados al honor, perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en Homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Las Rozas, 2006.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, Universidade de A Coruña, 2013.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, P.: *Inmigración y diversidad cultural en España*, Fundamentos, Madrid, 2014.
- GÓMEZ GARRIDO, J.: *Derecho al honor y persona jurídica-privada*, REDUR 8, Madrid, 2010.
- HIRIGOYEN, M.: *El acoso moral en el trabajo*, Paidós contextos, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Á.: “Restricciones al velo integral en Europa y en España: la pugna legislativa para prohibir un símbolo”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, Madrid.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2006.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2015.
- MORÁN ASTORGA, C.: *Estrés, burnout y mobbing: recursos y estrategias de afrontamiento*, Amarú, Madrid, 2005, p. 14.

- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante”, en *Diario la Ley*, Año 31, núm. 7534, LA LEY, Madrid, 2010.
- PÉREZ MACHÍO, A. I.: *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PÉREZ MANZANO, M.: “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Revista crítica de teoría y práctica*, Año 1, núm. 1, Relaciones Laborales, 1997.
- ROALES PANIAGUA, E.: “El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario. (a propósito de la STSJ Cataluña de 17 de julio de 2009)”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 69, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2010.
- RODRIGUES, T.; FERREIRA, S. y GARCÍA, R.: *La inmigración en la península ibérica y los dilemas de la seguridad (1990-2030)*, IUGM, Madrid, 2015.
- RUBIO DE MEDINA, M. D.: *Extinción del contrato laboral por acosos moral – mobbing-*, Bosch, Barcelona, 2008.
- SUÁREZ PERTIERRA, G; y otros.: “Derecho Eclesiástico del Estado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VIDAL GALLARDO, M.: “Símbolos religiosos y señas de identidad”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 31, Universidad de Valladolid 2015, pp. 324.

Páginas Web.

- Instituto Nacional de Estadística; (<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=01003.px>; consultado el 11/04/2017).
- Instituto Nacional de Estadística; (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9683>; consultado el 12/04/2017).

Apéndice Jurisprudencial

- Tribunal Constitucional.
 - STC de 30 de enero de 2003 [RTC 2003\17].
 - STC de 13 de febrero de 1985 [RTC 1985\19].
 - STC de 17 de marzo de 2003 [RTC 2003\49].
 - STC de 28 de marzo de 2011 [RTC 2011\34].
 - STC de 22 de abril de 1993 [RTC 1993\142].

- STC de 6 de mayo de 1997 [RTC 1997\90].
- STC de 13 de mayo de 1982 [RTC 1982\24].
- STC de 12 de junio de 1996 [RTC 1996\106].
- STC de 18 de julio de 2002 [RTC 2002\154].
- STC de 19 de julio de 1985 [RTC 1985\88].
- STC de 22 de julio de 1999 [RTC 1999\145].
- STC de 22 de octubre de 2001 [RTC 2001\207].
- STC de 2 de noviembre de 2004 [RTC 2004\188].
- STC de 11 de noviembre de 1996 [RTC 1996\177].

➤ Tribunal Supremo.

- STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].
- STS de 25 de marzo de 1993 [RJ 1993\3152].
- STS de 12 de junio de 2001 [RJ 3827/2000].
- STS de 29 de septiembre de 1998 [RJ 1998\7370].
- STS de 13 de octubre de 1998 [RJ 1998\7820].

➤ Tribunales Superiores de Justicia.

- STSJ de Cataluña de 8 de enero de 1998 [AS 1998\156].
- STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].
- STSJ de Cantabria de 14 de noviembre de 2005 [AS 2005\3000].
- STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2012 [JUR 2013\2446].
- STSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2016 [JUR 2017\18088].

➤ Otros tribunales.

- SAP de las Palmas de 10 de julio de 2012 [JUR 2012\363765].
- SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8].

➤ Tribunales extranjeros.

- STJUE de 14 de marzo de 2017, en el asunto [C-157/15].
- STJUE de 14 de marzo de 2017, en el asunto [C-188/15].
- STJUE de 22 de noviembre de 2005, en el asunto [C-144/04].
- STEDH de 15 de enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido [Applications Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10].

Apéndice Legislativo

➤ Legislación Nacional.

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
- Real Decreto de 24 de julio de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

➤ **Legislación Internacional.**

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre del 2000.
- Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981.
- Directiva 200/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.