



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**DESPIDO LABORAL
POR USO DEL VELO
ISLÁMICO**

Nombre del Tutor: **Cebreiros Álvarez, Eduardo.**

Nombre de la Autora: **González López, Vanesa.**

Programa de Simultaneidad de Derecho y ADE.

Curso 2016 - 2017

ÍNDICE

Abreviaturas.	Pág. 2.
Supuesto del Caso Práctico.	Pág. 3.
Argumentación Jurídica y Calificación del Despido.	Pág. 5.
1. Hechos a tener en cuenta.	Pág. 5.
2. Base jurídica para la interposición de la demanda.	Pág. 5.
2.1. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto.	Pág. 6.
2.2. Derecho a la igualdad.	Pág. 10.
3. Procedencia o improcedencia del despido.	Pág. 13.
Demanda de daños y perjuicios.	Pág. 18.
1. Hechos a tener en cuenta.	Pág. 18.
2. Valoración de la pertinencia de la demanda.	Pág. 19.
Elementos religiosos en el ámbito laboral.	Pág. 26.
1. Base jurídica.	Pág. 26.
2. Burka y Niqab.	Pág. 27.
3. Cruz cristiana o Kipá judía.	Pág. 29.
4. Nuestras conclusiones.	Pág. 30.
Procedimiento de demanda y análisis.	Pág. 31.
1. Hechos a tener en cuenta.	Pág. 31.
2. Vías de demanda.	Pág. 31.
2.1. Vía constitucional.	Pág. 32.
2.2. Vía penal.	Pág. 33.
2.3. Vía civil.	Pág. 34.
Fuentes.	Pág. 38.
• Jurisprudenciales.	Pág. 38.
• Legislativas.	Pág. 39.
• Bibliográficas.	Pág. 39.
• Enlaces Consultados.	Pág. 40.

ABREVIATURAS

Art./s	Artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDHUE	Convenio de Derechos Humanos de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CPDHLF	Convenio de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
DEJ	Diccionario del Español Jurídico
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ET	Estatuto de los Trabajadores
F. J.	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
LO 1/82	Ley Orgánica 1/1982
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa
LPL	Ley Procedimiento Laboral
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
RAE	Real Academia Española
RR. HH	Recursos Humanos
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

SUPUESTO DEL CASO PRÁCTICO

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.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

1. HECHOS A TENER EN CUENTA EN LA CUESTIÓN

- Laura González es dependienta en unos almacenes de ropa, Maca, S.A, empresa en la que se exige el uso de uniforme por parte de sus trabajadores.
- Laura se casó a mediados de verano con Alí, un hombre musulmán y a partir de entonces ella se convirtió al islam.
- La Señora González, habló con Sandra López, encargada de Recursos Humanos (RR. HH en adelante) de la empresa en la que trabajan antes de ir a trabajar con el velo islámico (hiyab) y esta última le dijo que podía acudir a su puesto de trabajo sin ningún tipo de impedimento.
- Tras una semana vistiendo el velo islámico, Sandra le dijo a Laura que su jefe directo le prohibía el uso del hiyab puesto que la política de la empresa prohibía cualquier tipo de indumentaria que no formase parte del uniforme.
- Laura le explicó a la encargada de RR. HH que no se trataba solo de indumentaria, sino que simbolizaba su fe y su religión, y que consideraba su empleo equiparable al que hacían sus compañeros portando colgantes de cruces en alusión a la religión cristiana. A pesar de ello, Sandra reiteró su postura e informó a Laura de que si seguía portando el velo islámico a su puesto de trabajo podría ser amonestada o sancionada, e incluso despedida.
- Laura siguió usando el hiyab, recibió varias sanciones y, al seguir portándolo, recibió una carta de despido en la que se alegaba su bajo rendimiento y falta de disciplina.

2. BASE JURÍDICA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

Laura, pretende emprender acciones legales contra la empresa para la que trabajaba alegando despido improcedente por razones de discriminación religiosa. La procedencia o improcedencia del despido la analizaremos más adelante. A continuación, nos disponemos a analizar si se produjo discriminación religiosa y si tenemos base jurídica para la demanda.

Considerando los hechos anteriormente expuestos nos disponemos a determinar los argumentos que emplearíamos para defender a la demandante.

El ordenamiento jurídico español se basa en cuatro pilares fundamentales, como expresa el artículo 1.1 de la Constitución Española¹ (nos referiremos a ella como CE en adelante), “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” que como se definen en el diccionario jurídico español², los valores superiores son “axiomas o principios³ estructurales de todo el sistema jurídico constitucional”. Del mismo modo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en

¹ BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

² Real Academia Española. (2001). Diccionario del Español Jurídico (2016). Consultado online en la siguiente dirección web: <http://dej.rae.es/#>

³ Véanse la STEDH núm. 496/2001, de 31 de julio de 2001; STS núm 62/2011, de 5 de mayo de 2011, etc. en las que se emplean de forma intercambiable los términos “valores” y “principios”.

adelante) núm. 20/1990 en el Fundamento Jurídico (F. J. en el resto del documento) 3º, se considera necesaria la existencia y protección de la libertad ideológica para el establecimiento de un Estado social y democrático de derecho⁴.

Basaremos nuestra argumentación jurídica en la libertad y la igualdad, dos de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto.

La empresa Maca, S.A despidió a Laura González alegando falta de disciplina y bajo rendimiento. Consideramos que las causas que alega la empresa no son las causas reales puesto que Laura no fue amonestada en ningún momento por haber disminuido su rendimiento, solo fue advertida de la incompatibilidad que la compañía creía que existía entre la vestimenta del velo islámico por parte de Laura con su trabajo en los almacenes de ropa.

En España, la Carta Magna ampara como derecho fundamental el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto en el artículo 16.1, como avala jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional (TC en adelante), en la STC núm. 154/2002 de 18 de julio, en el F. J. 6º. La libertad religiosa, no solo es un derecho fundamental, sino que, como expone el Magistrado Don Manuel Jiménez de Parga⁵ mediante voto particular, considera que la libertad religiosa es un principio constitucional, ya que la sociedad que compone el Estado, tiene como factor básico la religión. Cabe destacar, que este precepto no solo recoge este derecho que tienen las personas, sino también sus posibles limitaciones. Las manifestaciones de la libertad ideológica, religiosa y de culto están limitadas únicamente a aquellas necesarias para el orden público. Trataremos los límites del derecho más adelante.

La jurisprudencia del TC ha completado la definición del contenido del derecho a la libertad ideológica especificando que en este derecho nos encontramos con la facultad individual para actuar de acuerdo a sus propias creencias o ideología, además de poder defenderlas frente a terceros⁶.

Asimismo, encontramos también en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio⁷ (Ley de Libertad Religiosa, a la que nos referiremos LOLR, de aquí en adelante), en el artículo 2.1.a), el derecho de libertad religiosa. Éste alberga la libre elección para profesar las creencias o religión que se crea conveniente, así como el derecho a “manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas”⁸.

⁴ Cita textual de la sentencia: “sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura”.

⁵ Vid. STC núm. 46/2001 de 15 de febrero.

⁶ Véanse para completar el concepto de la libertad religiosa e ideológica: F. J. 9º STC núm. 177/1996 de 11 de noviembre y F. J. 3º ATC núm. 551/1985 de 24 de julio.

⁷ BOE, núm. 177, de 24 de julio de 1980.

⁸ Artículo 2.1.a) de la LOLR: “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) 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”.

De forma general, encontramos en la Ley Suprema el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (Art. 20.1.a) CE). Según LÓPEZ ALARCÓN, en este artículo se protege “únicamente la comunicación del pensamiento sin trabas”⁹.

Asimismo, jurisprudencialmente, el TC sentencia:

“La celebración de un contrato de trabajo no implica 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 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 laboral¹⁰”.

Del mismo modo se determina en la STC núm. 19/1985 de 13 de febrero, en la que se reitera que un cambio en las ideas o creencia religiosas por parte del trabajador, siempre y cuando sea en el ejercicio de su libertad ideológica, religiosa o de culto no puede modificar la relación laboral existente.

Además del propio derecho a la libertad de expresión, basándonos en la STC núm. 120/1983 de 15 de diciembre debemos tener en cuenta la buena fe. Esta sentencia determina:

“La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece [...] pero el mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»”.

Laura, como le expresó a Sandra López, no viste el velo cada día y profesó el islam solo como consecuencia de su matrimonio, sino que para ella representan su fe, y sus creencias. Además, Laura actuó de forma diligente notificando a la encargada de RR. HH de la empresa el cambio de indumentaria que llevaría a cabo y las causas que le llevaban a él. Por ello consideramos que la demandante actuó con la buena fe a la que se refiere la citada jurisprudencia y el Real Decreto de 24 de julio de 1889¹¹ (Código Civil, al que nos referiremos como CC en el resto del texto) en el artículo 7.1¹².

Para continuar, la libertad religiosa es, según el TC, “la facultad individual de adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, y a representar o enjuiciar la realidad según sus personales convicciones.” (F. J. 10º STC núm. 120/1990)¹³. Asimismo, en palabras de PORRAS RAMÍREZ (2014):

⁹ LÓPEZ ALARCÓN. La protección de la libertad religiosa. PORRAS RAMÍREZ, J.M. (coord.) *Derecho de la libertad religiosa*. Madrid: Tecnos, 2014, p. 167.

¹⁰ STC núm. 88/1985 de 19 de julio.

¹¹ BOE, núm. 206 de 25 de julio de 1889.

¹² Tenor literal del art. 7.1 del CC: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

¹³ Véanse también como definición del concepto de “libertad religiosa”: Antecedente 2º STC núm. 24/1982 de 13 de mayo y ATC núm. 359/1985 de 29 de mayo.

“Esa libertad conlleva una dimensión externa de agere licere, esto es, el simultáneo derecho, igualmente asegurado, frente a los poderes públicos, aunque, también, en el ámbito de las de las relaciones entre particulares, de manifestar esas ideas y convicciones, libremente, mediante conductas, actitudes o «comportamientos simbólicos» (saludar a la bandera, ostentar emblemas o símbolos, rechazar o destruir elementos u objetos representativos oficiales)”¹⁴.

Además, la CE en su artículo 10.2 reconoce que los derechos fundamentales y los derechos reconocidos en esta norma se deben interpretar “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por ello, debemos referirnos al artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948¹⁵, en el que se regula la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En este precepto se define qué comprende este derecho. “La libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Es igualmente reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH, en adelante) el derecho a manifestar tanto su religión, ya sea de forma pública como de forma privada. El citado Tribunal así lo expresa:

“El Tribunal recuerda también que aunque la libertad religiosa, en el sentido del artículo 9 del Convenio, pertenece al foro interno, implica además la libertad de «manifestar su religión» individualmente y en privado, o de forma colectiva, públicamente y dentro del círculo de aquellos cuya fe se comparte. El artículo 9 enumera las diversas formas que puede tomar la manifestación de una religión o convicción, a saber, el culto, la enseñanza, la práctica y observancia de los ritos”¹⁶.

Al hilo de lo expresado por el TEDH debemos referirnos al artículo 9 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1979 (CPDHLF en el resto del documento)¹⁷ en el que se regula una vez más la libertad de pensamiento y religión. En este caso, el del art. 9.1 del CPDHLF hace referencia al derecho de libertad religiosa e ideológica, no solo como la libre elección de la religión o convicciones, y su cambio, sino que de nuevo hace referencia a la conformidad de la ley con la manifestación y práctica de sus costumbres y sus ritos. Se produce de modo semejante en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2010 (CDFUE, en adelante)¹⁸ en su precepto 10¹⁹.

¹⁴ PORRAS RAMÍREZ, J.M. La libertad religiosa como derecho fundamental en perspectiva estatal, internacional y europea. PORRAS RAMÍREZ, J.M. (coord.) *Derecho de la libertad religiosa*, Madrid: Tecnos, p. 21.

¹⁵ BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁶ STEDH 2007\76 de 8 de noviembre (Caso Perry contra Letonia).

¹⁷ BOE, núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁸ DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁹ Art. 10 CDFUE: “1. 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. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio

Dentro de la CDFUE en el artículo 9.2 se hace referencia a las limitaciones del ejercicio de la libertad religiosa e ideológica. Esta es la literalidad del artículo:

“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

En virtud de ello, lo único que puede restringir la libertad religiosa de las personas es el posible perjuicio a la seguridad pública, el orden, la salud o la moral pública, o evitar el daño de los derechos y libertades fundamentales de los demás. El artículo 9.2 de la CDFUE limita el derecho a la libertad religiosa de forma más restrictiva y detallada que el artículo 16.1 de la CE al que ya hemos hecho referencia con anterioridad, ya que la Carta Magna solo marca como limitación el orden público.

En base de las distintas disposiciones legislativas nos disponemos a analizar si Laura cruzó o no los límites de su derecho a la libertad religiosa vistiendo el velo en su puesto de trabajo.

1. Salud pública: en virtud del Diccionario Jurídico de la Real Academia Española de la Lengua, la salud pública es la “salud colectiva de una sociedad o comunidad”. Consideramos que la demandante portando el hiyab no menoscaba la salud de ninguna persona que se encuentre con ella, ni siquiera la suya.

2. Seguridad pública: en virtud de la definición establecida por el TC en la STC núm. 104/1989 de 8 de junio²⁰, la seguridad pública es:

“actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano que engloba, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido. Competencia exclusiva del Estado”.

3. Moral pública: siguiendo el diccionario Black’s Law, como cita Carlos Manuel Rosales en el artículo “La moral pública y los jueces”, este concepto se refiere a “1. Conjunto de ideales o creencias generales morales de una sociedad. 2. Ideales o acciones de un individuo que se extienden y afectan a otros. La ley moral está comprendida por una colección de principios que definen una buena o mala conducta, o un estándar por el que una acción debe conformarse para tener razón o ser virtuosa²¹”.

4. Orden público: en la STC núm., 33/1982 de 8 de junio se determina que este concepto “abarca todas aquellas actividades no sólo correctivas, sino -principalmente- preventivas de daños y calamidades públicas tanto si provienen de conductas voluntarias, como si se trata de hechos causales ajenos a toda intencionalidad dañosa”. Además, podemos encontrar la siguiente definición en la Enciclopedia Jurídica (2014)²²:

²⁰ Vid. las siguientes sentencias también referentes a la seguridad pública: STC núm. 33/1982 de 8 de junio, STC núm. 117/1984 de 5 de diciembre, y STC núm. 59/1985 de

²¹ ROSALES, C. M. “La moral pública y los jueces”. Foro, Nueva Época. N.º 16, 2013, pp. 137 – 163.

²² Enciclopedia Jurídica (2014). Consultada online en el siguiente enlace web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-publico/orden-publico.htm>

“orden externo de la calle en cuanto condición elemental para el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales; supone, por tanto, la ausencia de alteraciones, algaradas, coerciones, violencias, etc., que puedan dar lugar a la ruptura de ese orden externo”.

En virtud de las definiciones expuestas, deducimos que Laura no excedió los límites del derecho a la libertad religiosa, por tanto, que se limitó a defender ese derecho reconocido no solo por la Carta Magna de nuestro Estado, sino también protegido por múltiples disposiciones internacionales. Además, por supuesto del importantísimo aval jurisprudencial para la defensa de este derecho y el perfeccionamiento del alcance de estos límites.

Para terminar este apartado, consideramos relevante hacer hincapié en la mención expresa de las disposiciones en lo que a ritos y prácticas religiosas se refiere, puesto que como apunta (PÉREZ ÁLVAREZ, 2011) en el islam encontramos la figura del pañuelo islámico en una aleya del Corán en la que el pañuelo se incorporaba a la vestimenta de las mujeres como símbolo de distinción y prestigio social de la mujer²³.

Laura, al casarse decidió modificar voluntariamente su religión, cambiándose al islam, por ello, manifiesta su fe, vistiendo el velo islámico en público, no solo en la esfera laboral. La demandante, por manifestar su creencia, ha perdido su puesto de trabajo, vulnerando, a nuestro parecer los derechos recogidos en el artículo 16 de la CE y en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2.2. Derecho a la igualdad.

Como adelantábamos con anterioridad, el segundo pilar de nuestra argumentación jurídica para la demanda es el derecho a la igualdad.

Laura González, trabajaba en los almacenes de ropa Maca, S.A con otros compañeros los cuales tienen sus propias creencias, sean cuales sean, ya sea una religión, el agnosticismo o el ateísmo. Sin embargo, ninguno es amonestado por la compañía a causa de sus creencias. Laura, explicó a Sandra López que no entendía porque algunos de sus compañeros llevaban símbolos representativos de su fe (en este caso, ella se refirió a la cruz como símbolo del cristianismo) y no eran ni amonestados, ni sancionados, ni tampoco despedidos, sin embargo, ella sí.

Por ello, consideramos que nos encontramos frente a un caso de discriminación laboral por razón de religión, recogida en el artículo 14 de la CE²⁴ bajo el siguiente texto: “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”.

Como podemos observar en España la Ley Suprema recoge este derecho considerándolo un derecho fundamental, concediéndole así una protección especial. El derecho a la igualdad o no discriminación no se regula solamente en nuestra Carta Magna, sino que hay numerosas disposiciones legislativas que prestan atención a este derecho.

²³ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”. Foro, Nueva Época. N.º 13, 2011, pp. 139 - 187.

²⁴ BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Así sucede con la Directiva 2000/78/CE²⁵, que se ocupa de establecer el marco para poder enfrentarse a la discriminación, y es aplicable a la situación de Laura puesto que en virtud del precepto 3 de la misma se determina el ámbito de aplicación, el cual dispone concretamente en el párrafo 1.c) que:

“Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración”.

El artículo 2.1 de la misma norma define el concepto de igualdad o no discriminación concretándolo como sigue: “se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”.

Los motivos por los que determina si hay discriminación o no son la religión o las convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el entorno laboral. Así viene desarrollado en el artículo 1 de la Directiva²⁶.

Esta Directiva, se adecúa a la legislación española mediante la Ley 62/2003²⁷, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social (la llamaremos Ley de Medidas de 2004, de aquí en adelante). Este hecho se manifiesta en la exposición de motivos de este modo “las medidas incluidas en este Capítulo se adecua la legislación española a estas dos directivas procediendo a su transposición a nuestro derecho”.

Esta ley define el principio de igualdad en el artículo 28.1.a), de manera idéntica a la de la Directiva 2000/78/CE.

Para seguir, la jurisprudencia interpreta que la citada Directiva recoge de forma amplia las modalidades admitidas de manifestar su religión, como ejemplo nos encontramos con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, en adelante) núm. 23/2017 de 14 de marzo, el Caso de Samira Achbita. En esta Sentencia, encontramos lo siguiente:

“Dado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78 , de modo que procede interpretar que el concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el forum internum , a saber, el hecho de tener convicciones, como el forum externum , a saber, la manifestación pública de la fe religiosa”.

Por ello, la jurisprudencia reconoce dentro de los elementos protegidos frente a la discriminación, tanto la libre elección personal de la religión o fe a profesar; como la manifestación de forma externa de esas mismas creencias o ideas. Dentro de la libertad de religión pueden consultarse la STEDH núm. 12/2013 de 15 de enero (Caso de Eweida) y STJUE núm. 24/2017 de 14 de marzo de 2017.

²⁵ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre.

²⁶ Directiva 2000/78/CE, Art.1:” 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 igualdad de trato”.

²⁷ BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

Además, cabe decir que en esta norma se hace distinción entre discriminación directa (art.2.2.a)²⁸) y discriminación indirecta (art.2.2b)²⁹). La primera es aquella que se produce cuando se trate de forma desfavorable a las personas por las razones que se mencionan en el artículo 1 que hemos citado con anterioridad. Sin embargo, en lo que respecta a la discriminación indirecta, ésta se produce cuando a causa de una disposición o normativa neutra se ocasionen desigualdades por las mismas razones.

También aparecen los conceptos de discriminación directa e indirecta en la Ley de Medidas de 2004 en el artículo 28.1, letras b) y c)

Asimismo, en el ámbito especial del derecho laboral, se recoge en el artículo 4.2.c del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores³⁰ (ET, en adelante) dentro de los derechos laborales, en el que se recoge el derecho de los trabajadores a no ser discriminados:

“2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

c) 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. 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 las definiciones que hemos extraído de la práctica del derecho y que han sido expuestas, consideramos que Laura ha sido víctima de una discriminación de carácter directo por motivos de religión o convicciones.

Siguiendo con la protección legislativa de las personas frente a la discriminación debemos referirnos a los artículos 21 y 22 de la CDHUE. En el artículo 22 se establece que en la Unión Europea se respeta la diversidad religiosa. Y, en el artículo 21.1³¹, se hace mención explícita a la no discriminación sea cual sea su razón, enfatizando en la discriminación ejercida por razón de sexo, raza, lengua, religión o convicciones y opiniones ya sean políticas o de cualquier otro tipo, entre otras.

Como vemos, la discriminación está ampliamente protegida jurídicamente en nuestro Estado. Es fundamental en nuestro caso hacer mención de que esta defensa del derecho a la igualdad no se hace solo hacia la libre elección de la religión a profesar, sino que

²⁸ Art. 2.2.a) Directiva 2000/76/CE: “A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”.

²⁹ Art. 2.2.b) Directiva 2000/78/CE: “Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

³⁰ BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

³¹ Artículo 21.1 CDHUE: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

también se hace referencia a las convicciones de las personas, es decir, aquellas ideas y creencias en las que se basa cada persona para identificarse, son parte de su personalidad.

En el ámbito concreto del derecho laboral, que es el competente al caso de la Señora González, debemos aludir al artículo 17 del ET. En este precepto, en el párrafo 1, se consideran nulas aquellas decisiones que hayan sido impuestas por el empresario.

“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”.

En este precepto, pretende evitarse que en el ámbito laboral se produzcan discriminaciones por las decisiones tomadas en la dimensión interna de las empresas, intentando eludir así posibles discriminaciones por la situación de poder que tienen los empresarios en las relaciones laborales frente a la posición más vulnerable del asalariado.

Dentro de la regulación que protege a las personas frente a la discriminación cabe aludir a lo establecido en el artículo 14 del CPDHLF³². En este precepto se reconoce el derecho a no ser discriminado de forma similar a los preceptos y disposiciones anteriores, preservando así los derechos y libertades que el propio Convenio protege.

Por ello, en base a todas las disposiciones legislativas aquí referenciadas y la base jurisprudencial citada, creemos que Laura ha sido víctima de discriminación por parte de la empresa Maca, S.A al ser despedida por vestir el velo islámico en su puesto de trabajo.

3. Improcedencia o improcedencia del despido.

Para analizar la procedencia o improcedencia del despido de Laura González acudiremos al ET.

La empresa Maca, S.A envió una carta de despido a la Señora Laura en la que se le comunicaba que estaba despedida, alegando, como causas, la falta de disciplina y el bajo rendimiento.

Por ello, consideramos que se trata del tipo de despido regulado en los artículos 54 y 55 del ET. Nos referimos al despido disciplinario³³, el cual analizaremos a continuación para poder valorar así, si se trata de un despido procedente o improcedente.

En este tipo de despido, se requiere que haya culpa por parte del trabajador como se expresa en el ya citado artículo 54 en el párrafo 1. “El contrato de trabajo podrá

³² Artículo 14 del CPDHLF: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin 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”.

³³ Véase la “Guía Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2016” en el Título VII, epígrafe 16.4.12 de Despido Disciplinario para ver de forma detallada los motivos que lo causan, y el procedimiento a seguir tanto por parte de la empresa como por parte del trabajador. Disponible también en la siguiente dirección web: http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_4.htm

extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

Además, en el punto 2 del mismo artículo, se determinan los incumplimientos contractuales que permiten la extinción del contrato de trabajo que regula la relación laboral entre el empleado y el empleador:

“a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.

b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.

c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.”

Maca, S.A alega las letras b) y e) para justificar el despido de Laura, sin embargo, ésta nunca recibió por parte de la empresa ningún tipo de desaprobación en lo que a su rendimiento se refiere.

De todas formas, en lo que respecta a la indisciplina, la doctrina recoge que es “la actitud de rebeldía abierta y enfrentamiento contra las órdenes recibidas del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas y el incumplimiento consciente y querido de las obligaciones que el contrato de trabajo implica”³⁴.

En este fragmento, observamos cómo se requiere la intención dolosa del incumplimiento de las órdenes recibidas, elemento que creemos que no se produce, ya que Laura se ve forzada al incumplimiento de las directrices que había recibido puesto que llevarlas a cabo implicaba dañar su derecho a la libertad religiosa.

Asimismo, la STS de 21 de septiembre de 1987, determina excepciones al deber de obediencia “las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables del trabajador, afecten a su dignidad, sean ilegales, o concurren circunstancias de peligrosidad u otras análogas que, por su exceso, razonablemente justifiquen la negativa a obedecer”. Laura, a nuestro juicio entra dentro de estas circunstancias, ya se veían vulnerados su derecho a la libertad religiosa, su derecho a la igualdad y a su dignidad, derechos reconocidos como fundamentales y el último citado expresamente en la sentencia.

³⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, C. “El despido disciplinario. Concepto y causas”. Boletín Económico de ICE, N.º 2804, 2004, pp. 1000 – 1008.

Por otra parte, se alegó la disminución del rendimiento como causa, se considera que

*“debe ser continuada y voluntaria. Requiere una comparación con el trabajo previo del sancionado. La jurisprudencia ha señalado que puede tomarse también como baremo la costumbre, el rendimiento del trabajador medio o no llegar a los objetivos mínimos si estos no son abusivos”*³⁵.

En base a ello, es importante tener en cuenta la necesidad de voluntariedad y continuidad. Laura, en comparación a su rendimiento habitual tuvo un descenso después de empezar a vestir el velo islámico, sin embargo, este descenso se vio causado por los ataques de ansiedad producidos por las burlas y quejas de sus compañeros, además de la presión que recibía por parte de la empresa para que dejase sus creencias de lado bajo la advertencia de que si no lo hacía sería sancionada o despedida. Por tanto, el descenso de rendimiento por parte de la Señora González se debió a su salud, factor que ella no puede controlar, por lo que fue involuntario. Y, no fue de forma continuada puesto que solo se produjo en los momentos puntuales de los ataques de ansiedad.

Por otra parte, el artículo 55 del ET regula la forma y efectos del despido disciplinario. En el párrafo 1 de este artículo se determina que se debe notificar por escrito al trabajador las causas y la fecha en la que tendrán efectos. Este requisito de forma es llevado a cabo por la sociedad, puesto que entrega a Laura una carta en la que figuran todos los elementos requeridos.

El despido disciplinario, en virtud del artículo 55.3 del ET, debe ser calificado como procedente, improcedente o nulo³⁶. Elemento a analizar en este trabajo y que desarrollaremos a continuación.

La procedencia, improcedencia o nulidad del despido disciplinario se regula en el artículo 55 del ET, en los párrafos 4, 5, 6 y 7.

- Despido procedente (artículo 55.4 ET³⁷): será así cuando quede acreditado que se produjeron los incumplimientos argumentados por la empresa.
- Despido improcedente (artículo 55.4 ET): cuando no se comunique por escrito el despido y sus causas. Además, se considerará improcedente cuando se demuestre que no se produjeron los incumplimientos argumentados para el despido.
- Despido nulo (artículo 55.5 ET³⁸): cuando se produzca un despido disciplinario por alguna de las causas de discriminación reguladas en la CE o en la ley, o se produzca una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

³⁵ HERNÁNDEZ GARCÍA, C. “El despido disciplinario. Concepto y causas”. Boletín Económico de ICE, N.º 2804, 2004, pp. 1000 – 1008.

³⁶ Para una información más detallada sobre el despido procedente, improcedente o nulo, véase de nuevo la “Guía Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2016” en el Título VII, epígrafe 17.3 apartados A), B) y C). Disponible también en la siguiente dirección web: http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm

³⁷ Artículo 55.4 del ET: “El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1”.

³⁸ Artículo 55.5 del ET: “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”.

Otras causas de despido nulo son³⁹:

- El despido de trabajadores en los períodos en los que esté suspendido el contrato de trabajo por causas relacionadas con la maternidad o la paternidad, ya sea biológica o mediante adopción o acogimiento.
- Los despidos de las trabajadoras que sean víctimas de violencia de género que se produzcan en el período en el que estén ejerciendo su derecho a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.
- Aquel que se produzca mientras el trabajador está disfrutando de una excedencia para el cuidado de hijos o familiares.

Antes de continuar, debemos referirnos a uno de los motivos que alega la sociedad para despedir a Laura, la falta de disciplina por su parte en relación a las directrices establecidas por la empresa Maca, S.A. Esta indisciplina entendemos que se refiere a la negativa de la Señora González a dejar de vestir el hiyab en su puesto de trabajo. En virtud de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ de aquí en adelante) de Baleares, Sala de lo Social núm. 457/2002 de 9 de septiembre, F. J. 2º:

"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".

En base a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ en adelante) consideramos que la libertad de empresa regulada en el artículo 38 de la CE debe subordinarse al derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto recogida en el artículo 16 de la CE. El hecho de que el derecho a la empresa se relegue a la libertad religiosa y de culto se debe a que esta última es considerada por la norma suprema de nuestro Estado como un derecho fundamental.

En el caso de Laura, creemos que se produce un conflicto entre ambos derechos y que, en base a lo determinado en la jurisprudencia de los tribunales y el distinto carácter de

³⁹ Artículo 55.5 del ET, los siguientes supuestos también son considerados nulos: a) El de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

ambos derechos, siendo el de la libertad religiosa el de mayor magnitud, consideramos que Laura no fue indisciplinada en su trabajo, sino que defendió su derecho a manifestar sus creencias de forma pública y en todos los ámbitos de su vida.

Para seguir, debemos atender a los distintos efectos de cada tipo de despido, puesto que los derechos y deberes de las partes que integraban la relación laboral, en este caso Laura y la empresa Maca, S.A son distintos en cada caso.

En el supuesto de que el despido disciplinario fuese considerado procedente, se extinguiría la relación laboral sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.7 ET⁴⁰)

Sin embargo, si el despido se considera improcedente, el empresario tiene dos opciones como determina el artículo 56.1 del ET⁴¹. Por un lado, puede readmitir al trabajador con abono de los salarios de tramitación, que son una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, o hasta que se notifique la sentencia, o bien hasta que se haya encontrado nuevo empleo (art. 56.2 ET⁴²). O, por otro lado, puede no readmitir al empleado y pagarle una indemnización, la cual, se compone por el importe de treinta y tres días de trabajo por año de servicio realizado en la empresa, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El máximo de la indemnización son veinticuatro mensualidades (art. 56.1 ET).

Y, por último, si el despido es considerado nulo, en virtud del artículo 55.6 del ET⁴³ tendrá como efectos la readmisión inmediata del trabajador despedido y se le abonarán los salarios que haya dejado de percibir a causa del despido. Durante un tiempo la jurisprudencia del TC no requería la readmisión por lo que equiparaba la indemnización a la del despido improcedente, sin embargo, a partir de la STS de 18 de junio [RJ 8125/2012] se considera la readmisión del trabajador obligatoria, lo determina así: “los efectos que se anudan a tal nulidad reclaman la reintegración de los trabajadores en su puesto con el pago de los salarios y el mantenimiento de sus derechos adquiridos”.

En virtud de lo regulado en la legislación española en referencia a la procedencia o improcedencia del despido disciplinario, consideramos que el despido de Laura es un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, puesto que se produjo coartando su libertad ideológica, religiosa y de culto, regulada en el artículo 16 de la CE, considerada por esa misma norma como un derecho fundamental y libertad pública.

⁴⁰ Art. 55.7 ET: “El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

⁴¹ Art. 56.1 ET: “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

⁴² Art. 56.2 ET: “En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

⁴³ Art. 55.6 ET: “El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

Además, de producirse una discriminación por razón de religión determinada de forma expresa en nuestra carta magna en su artículo 14.

Asimismo, siguiendo la doctrina del TS, en caso de no considerarse nulo, solicitaríamos subsidiariamente que se considerase improcedente. Como se establece en el Auto TS núm. 1569/2016 de 22 de noviembre, cada caso requiere una valoración individual y eso puede conllevar distintas valoraciones en casos similares.⁴⁴

“Por otra parte, la Sala ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos excepcionales que aquí no concurren, no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico”.

Aunque creemos que el despido de Laura es un despido nulo debido a que consideramos que ha habido discriminación, en la STS núm. 366/2016 de 3 de mayo, se trata una causa similar, en la que la demandante alega causa ficticia debido a que por una enfermedad había reducido su rendimiento, y como consecuencia fue despedida. Sin embargo, el Tribunal, estima que sí que hubo despido improcedente pero que no se calificaba como nulo porque no se apreciaba discriminación.

Por ello, porque cada caso se valora individualmente y hechos similares pueden ser interpretados de formas distintas consideramos adecuado solicitar el despido nulo por discriminación y subsidiariamente despido improcedente.

El argumento a argüir a nuestro parecer para que se considere, si no la nulidad, sí la improcedencia del despido sería la falta de acreditación por parte de la empresa de los argumentos alegados como causa de despido. Esto se debe a que, a nuestro juicio, Laura no tuvo bajo rendimiento ni indisciplina, puesto que ella siguió realizando su trabajo como hacía asiduamente, lo único que cambió fue que añadió una prenda a su vestimenta habitual como muestra de su fe y creencia religiosa. Y, no siguió las directrices de la empresa que estipulaban que dejase de llevarlo, ya que Laura tiene derecho a disfrutar y defender su derecho a la libertad religiosa y a la igualdad, que se defienden y califican en nuestro Estado como derechos fundamentales.

DEMANDA DAÑOS Y PERJUICIOS

1. HECHOS A TENER EN CUENTA PARA LA CUESTIÓN

- Laura González, se reincorpora a su trabajo, desempeñándolo como había hecho siempre. No obstante, la situación en lo que respecta a su entorno de trabajo es diferente. Laura recibe burlas, comentarios a sus espaldas y quejas de sus compañeros por el uso del velo.
- Este ambiente causa repercusiones en la salud de Laura, llevándola a tener episodios de ansiedad influyendo en el desempeño normal de su trabajo.

⁴⁴ STSJ de Granada núm. 412/2009 de 18 de febrero.

- A causa del despido, pocos días después, Laura, sufrió nuevos episodios de ansiedad cada vez más agudos. La Señora González, decidió acudir al médico y fue diagnosticada con depresión aguda.

2. VALORACIÓN DE LA PERTINENCIA DE LA DEMANDA.

Basándonos en lo establecido en la jurisprudencia, encontramos como definición de acoso moral “el acoso moral en el trabajo [...] como toda conducta no deseada por el trabajador que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo en el ámbito de su relación laboral” (STSJ País Vasco núm. 2555/2006).

Además, el concepto de acoso lo encontramos definido en el artículo 28.1.d) de la Ley de Medidas de 2004 como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

Encontramos definido el término acoso también en la Directiva 2006/54/CE⁴⁵ de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en el artículo 2.1.c)⁴⁶.

Además, la Ley de Medidas de 2004, en el artículo 28.2 determina que cualquier caso de acoso por razón de religión o convicciones es considerado como acto discriminatorio. Del mismo modo que ocurre en el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/ CE.

En base a ello, consideramos que Laura fue acosada por la empresa Maca S.A, y por sus compañeros. En el caso de la empresa el acoso se produjo a causa de las diferencias de trato entre la Señora González y el resto de empleados, puesto que ella fue llamada a renunciar a la expresión de su religión y sus creencias, sin embargo, el resto de sus compañeros tenían libertad para portar colgantes de crucifijos en representación a la religión católica en su puesto de trabajo. Además, fue amonestada y sancionada en numerosas ocasiones creando así un entorno laboral hostil para Laura.

Por otra parte, sus compañeros, se burlaron de Laura y se quejaron de su indumentaria haciendo que ella se sintiera insultada puesto que estaban ofendiéndola y degradándola por sus creencias religiosas. Todo ello, tuvo como consecuencias que Laura sufriera varios episodios de ansiedad y que posteriormente a su despido fuera diagnosticada de depresión aguda.

Tanto las actuaciones de Maca, S.A como las de los compañeros de ésta, hacen que se haya visto vulnerado el principio de igualdad de trato vulnerando así la integridad moral de Laura, derecho recogido en el artículo 15 de la CE y el derecho a su intimidad y dignidad, derecho recogido en el artículo 10.1 CE y 4.2.e) del ET. Se puede extraer de la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 5330/2009 de 26 de noviembre sobre el acoso laboral que:

“es contrario al principio de igualdad de trato [...] vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el art. 15 CE, y - en el ámbito normativo laboral - desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce

⁴⁵ DOUE, núm. 204 de 26 de julio.

⁴⁶ Art. 2 1.c) de la Directiva 2006/54/CE: “«acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

el art. 4.2 e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad. Derechos básicos cuya infracción por parte empresarial no puede sino ser calificada como grave incumplimiento de las obligaciones contractuales, en términos que justifican la extinción del contrato por voluntad del trabajador, "ex" art. 50.1 a) y c) ET".

Como se deduce del extracto de la sentencia citada, Laura, como trabajadora, tiene, según lo establecido en el artículo 4 del ET ciertos derechos. En concreto, para este caso vamos a centrarnos en las letras c) y e) del párrafo 2 de este artículo. Todo trabajador tiene derecho a no ser discriminado directa o indirectamente por religión o convicciones, como ya hemos desarrollado con anterioridad (art. 4.2.c) ET). Además, por otro lado, se recoge su derecho a la dignidad frente al acoso por religión o convicciones (art. 4.2.e) ET). Este derecho implica la responsabilidad del empresario de respetar el cumplimiento de éstos.

Lo referente al incumplimiento de las obligaciones contractuales que justifican la extinción de la relación laboral por parte del empleado del artículo 50 del ET lo trataremos más adelante.

Podemos observar que tanto la Directiva 2000/78/CE como la Directiva 2006/54/CE incluyen como causas del acoso por discriminación en el trabajo, la vulneración de la dignidad de la persona y la discriminación por causas religiosas o sus convicciones, de igual modo que se reconoce en el ET.

Por ello, consideramos que Laura está protegida por las disposiciones legislativas frente a las actitudes de sus compañeros y la empresa, que, mediante las burlas, los comentarios a sus espaldas, las burlas por el uso del velo islámico y la imposición de no vestir hiyab en su puesto de trabajo vulneraron su derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE), su dignidad (art. 10.1 CE), su derecho a la propia imagen y al honor (art. 18.1 CE), su derecho a expresar sus pensamientos libremente (art. 20.1.a) CE).

Sin embargo, no solo se encuentra recogido el acoso en la legislación, sino que también lo podemos encontrar definido en la jurisprudencia del siguiente modo:

“En el ámbito especializado -médico y jurídico - se define el acoso laboral - mobbing - como conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndose ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Se trata de una forma de estrés laboral que se caracteriza por tener su origen - más que en el trabajo - en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la empresa. (STSJ de Galicia (Sala de lo Social), Recurso de Suplicación núm. 3806/2002, de 12 de septiembre)⁴⁷.

En concreto, en el ámbito laboral, el acoso moral también es denominado como “mobbing”, definido en la doctrina de la siguiente forma:

“una conducta hostil o intimidatoria seguida frente a un trabajador en el marco de su relación por cuenta ajena, que puede ser llevada a cabo por un individuo o por varios, y

⁴⁷ Véanse STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 3298/2009, de 22 de octubre; y, STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 5330/2009, de 26 de noviembre. Complementan la definición de acoso laboral basado en la jurisprudencia.

*que este individuo o individuos pueden ser tanto el propio empleador, como su representante o mando intermedio, o incluso sus propios compañeros de trabajo con una posición de facto superior*⁴⁸.

Cabe decir que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34.2⁴⁹ de la Ley de Medidas de 2004, en el que se establece que no se consideran discriminación aquellas diferencias de trato cuando sean un requisito básico para el desarrollo de la actividad profesional.

En base a este precepto podría llegar a considerarse que el cambio de vestimenta de Laura podría suponer un impedimento para la realización de las funciones para las que fue contratada y que las instrucciones que la Señora López le dio a Laura para instarla a que dejara de vestir el velo se debían a las necesidades de su puesto de trabajo. Sin embargo, Laura, siguió vistiendo el uniforme al completo y realizando las tareas para las que fue contratada de manera adecuada, el hiyab “velo característico de las mujeres árabes que deja completamente visible la zona de la cara”⁵⁰ como define GARCÍA VÁZQUEZ (2013), era una exteriorización de su fe sin efectos en su rendimiento o ejecución de sus tareas. Por ello, a nuestro juicio el citado artículo de la Ley de Medidas de 2004 no es aplicable al caso de Laura.

En lo que respecta a la acumulación de acciones, debemos tener en cuenta la Ley Orgánica 1/1982 de Protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen (LRJS de aquí en adelante), a la que ya hemos hecho referencia para el análisis de la determinación de la procedencia, improcedencia o nulidad del despido. Esta ley regulariza la acumulación de acciones en los artículos 25 y ss. En concreto, el artículo 27.2 de la LRJS establece que en el caso de que haya acumulación de acciones, el juez debe tener por no formulada la acción acumulada, teniendo derecho el demandante a ejercitarla por separado⁵¹.

Fundamentándonos en esta disposición, cabría entender que el hecho de que Laura acumule ambas acciones, la referida al despido vulnerando su derecho a libertad religiosa, a la igualdad, a la dignidad, a la propia imagen y a la expresión de sus pensamientos e ideas, y, a la relacionada con la indemnización por daños y perjuicios, no son compatibles.

Sin embargo, el art. 53.2 de la CE tipifica que los derechos fundamentales, es decir, el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo (arts. 15 a 29) de la CE tienen

⁴⁸ VELÁZQUEZ, M. “La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o “Mobbing””. Prevención, trabajo y salud: Revista del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. N.º 17, 2002, pp. 27-38. Consultado en el siguiente enlace web: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Rev_INSHT/2002/17/artFondoTextCompl.pdf

⁴⁹ Art. 34.2 Ley de Medidas de 2004: “A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el principio de igualdad de trato supone 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.

Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

⁵⁰ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013, p. 377.

⁵¹ Art. 27.2 de la LRJS: “No obstante, cuando se trate de una demanda sometida a plazo de caducidad, a la que se hubiera acumulado otra acción, fuera de los supuestos previstos en esta Ley, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por aquélla, y el juez o tribunal tendrá por no formulada la otra acción acumulada, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarla por separado”.

derecho a la tutela de los mismos “ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”⁵². A saber, estos derechos tienen protección prioritaria y mediante un proceso conciso, que puede prescindir de ciertas formalidades o trámites.

Igualmente, en la jurisprudencia se presta atención a la posibilidad de la acumulación o no de las acciones de despido con vulneración de derechos fundamentales y daños y perjuicios derivados del mismo.

Reparando en la jurisprudencia del TS, tenemos la STS recurso núm. 3827/2000 de 12 de junio de 2001, la cual, establece lo siguiente:

“Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite”.

Esta exposición ya la había hecho con anterioridad de forma implícita este Tribunal en la STS recurso núm. 362/1999 de 23 de marzo de 2000⁵³. Además, esta línea ya era la seguida por TC como se aprecia en el Auto 897/1999 de 14 de diciembre.

Por ello, entendemos que la jurisprudencia considera correcta la acumulación de acciones en los casos de despido por vulneración de los derechos fundamentales y daños derivados del mismo.

A continuación, vamos a analizar si Laura se encuentra en la situación adecuada para la acumulación de acciones, es decir, si hubo lesión a sus derechos fundamentales, y si como consecuencia de esta violación se produjeron daños morales.

En primer lugar, la vulneración de derechos fundamentales, como hemos comentado con anterioridad, estimamos que Laura ha visto vulnerados su derecho a la igualdad, a la libertad religiosa, a la dignidad, a la propia imagen, al honor y a expresar sus pensamientos libremente. Se produce de este modo, ya que Laura ha sido víctima del despido discriminatorio por ejercer su derecho a la libertad religiosa.

Puesto que ya hemos desarrollado la vulneración de derechos que ha sufrido Laura, vamos a exponer la definición de daño moral determinado por la jurisprudencia del TS, que lo define del modo siguiente:

“impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona propietario, etc.”. Como determina la STS de 25 de junio de 1984⁵⁴ [RJ 1986\1145].

Por ello, consideramos que a pesar de que el artículo 27.2 de la LRJS no permite la acumulación de acciones, las referidas disposiciones legislativas y el aval de la

⁵² Art. 53.2 de la CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

⁵³ STS recurso núm. 4842/2005 de 7 de febrero de 2007.

⁵⁴ Véase también STS núm. 89/2012 de 5 de febrero de 2013.

jurisprudencia, hacen posible la acumulación de acciones cuando se trate la acumulación de despido con vulneración de derechos fundamentales y daños derivados del mismo.

Laura González, fue despedida vulnerando su derecho a la libertad religiosa (art. 16 de la CE), su derecho a la igualdad (art. 14 de la CE), su derecho a la dignidad (art. 10.1 de la CE) y su derecho a la propia imagen (art. 18.1 de la CE). Todos ellos, forman parte del Título I, de Deberes y Derechos Fundamentales.

Asimismo, debemos reparar en el artículo 182 de la LRJS que regulariza lo que debe comprender la sentencia en los procedimientos de defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral.

Dentro de este precepto, en el párrafo 1, letra d), se prevé la determinación de una indemnización para el resarcimiento de los daños producidos por la violación del derecho o derechos fundamentales vulnerados⁵⁵.

La indemnización se determinará en virtud de lo regulado en el artículo 183 de la LRJS. En este precepto se determina que será el juez quien determinará la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta la vulneración del derecho o derechos fundamentales, y los daños y perjuicios que pueda haber como consecuencia de la vulneración (183.1 LRJS⁵⁶). En el siguiente párrafo del mismo artículo⁵⁷, se contempla la situación en la que sea costoso determinar el daño, por lo que el juez deberá hacer lo posible para restituir la situación al momento anterior a la lesión.

La jurisprudencia del TS hace especial hincapié en que es su intención preservar por encima del derecho a la extinción del contrato del trabajo los derechos fundamentales, refiriéndose a lo determinado por el artículo 182 de la LRJS al que acabamos de hacer alusión. Así lo podemos deducir del siguiente extracto:

“La clara dicción del artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral⁵⁸ y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores... La modificación operada en el artículo 181⁵⁹ de este último texto procesal [...] al incluir, expresamente, en el texto del mismo "la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso" no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para

⁵⁵ Art. 182.1.d) LRJS: “Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”.

⁵⁶ Art. 183.1 LRJS: “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.”

⁵⁷ Art. 183. 2 LRJS: “El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte 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”.

⁵⁸ En nuestro trabajo, la Ley de Procedimiento Laboral (LPL, de aquí en adelante) es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que entró en vigor en el año 2011, la cual derogó a la LPL.

⁵⁹ En este documento, el que era el art. 181 LPL citado en el extracto, es el art. 177 de la LRJS, del que hablaremos más adelante.

ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado". STS recurso núm. 3326/2006 de 20 de septiembre de 2007.

Jurisprudencialmente, el TS también se pronuncia sobre la necesidad y alcance de la indemnización por daños y perjuicios y su finalidad, el resarcimiento de los daños causados. Así lo vemos en la STS de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983\2956].

“junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucro censans» y/o del «damnum emergens», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”.

Por último, en el art. 183.3 de la LRJS se establece que esta indemnización es compatible con la correspondiente indemnización regulada en el ET o demás normas laborales por la modificación o extinción del contrato de trabajo⁶⁰.

La indemnización del ET es la del artículo 50 del ET a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad y que está relacionado con el artículo 56 del mismo texto normativo, relacionado con el despido improcedente.

En el artículo 50 ET se hace referencia a las causas que permiten al trabajador solicitar la extinción del contrato de trabajo. En nuestro caso, las causas de aplicación son las del artículo 50.1. ET, letras a) y c). En la letra a) de este precepto, se permite el cese de la relación laboral en aquellos casos en los que las condiciones de trabajo para el empleado menoscaben su dignidad, como creemos y hemos expresado reiteradamente que ocurre en el caso de Laura. Por otro lado, la letra c) se refiere de forma general al incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones. En lo referente a esta cuestión, este incumplimiento sería el del artículo 4 ET, al que ya nos hemos referido con anterioridad, y que recoge el derecho de los trabajadores, incluido el derecho a no ser discriminados (art. 4.2.c) ET) y el derecho a la dignidad y la intimidad frente al acoso (art. 4.2.e) ET).

Por último, en lo referente a la extinción voluntaria de la relación laboral por parte del empleado, debemos atender al artículo 50.2 ET, en el que se establece que en caso de que se de alguna de las causas citadas en el apartado anterior, el trabajo tendrá derecho a las indemnizaciones para los casos de despido improcedente, reguladas en el artículo 56 del ET, ya detalladas en el apartado anterior.

Para continuar, en base a lo regulado en el artículo 177.1⁶¹ de la LRJS, cualquier trabajador tiene legitimación para la solicitud de protección de cualquier derecho fundamental vulnerado en el ámbito de la jurisdicción social mediante el procedimiento de “la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, recogido en el Capítulo XI del Título II de esta ley. Además, cabe decir que este mismo artículo establece que

⁶⁰ Art. 183.3 LRJS: “Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales”.

⁶¹ Art. 177.1 LRJS: “Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando 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, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”.

esta defensa no solo es ante el empresario, sino también contra terceros si éstos han afectado directamente a la vulneración.

En este caso, Laura vio menoscabados sus derechos no solo por la empresa Maca, S.A, sino que recibió burlas, comentarios a sus espaldas y quejas por parte de sus compañeros. Estos sucesos, causaron a Laura episodios de ansiedad que la llevaron a tener episodios de ansiedad.

Es importante, en este caso, tener en cuenta a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico ya que en virtud a lo dispuesto en el artículo 177.2⁶² de la LRJS esta asociación podría presentarse como coadyuvante al procedimiento ya que se trata de un caso de discriminación y, además, esta asociación, tiene como fin la promoción y defensa de los mismos intereses que Laura.

Por último, en lo que a legitimación se refiere, el artículo 177.4⁶³ de la LRJS reconoce la también facultad de ir contra los terceros implicados en el menoscabo, con el añadido de que no importa el vínculo que tenga con el empresario. Además, la parte dañada, la única legitimada, es la que debe decidir el tipo de tutela que desee procurar, pudiendo optar por demandar al empresario y al posible causante del daño, o hacerlo tan solo hacia el empresario.

En este caso, Laura tiene la facultad para demandar tan solo a Maca, S.A, o hacerlo a ésta y además a aquellos compañeros que profirieron las burlas y los comentarios a sus espaldas. En lo referente a esta cuestión, nosotros consideramos que debería demandar tanto al empresario como a los compañeros. Fundamentamos nuestro convencimiento en que Laura vio vulnerados sus derechos por la empresa y por sus compañeros, por lo que debe reclamarse ante todos los que lesionaron a Laura. Además, el procedimiento podría verse desestimado no solo por no ir contra todas las partes, sino por el hecho de que es necesario que se demuestre que la empresa era conocedora de esta situación de discriminación y, eso puede ser complicado de llevar a cabo.

⁶² Art. 177.2 LRJS: “En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado”.

⁶³ Art. 177.4 LRJS: “La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias”.

ELEMENTOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO LABORAL

1. BASE JURÍDICA.

A continuación, nos disponemos a desarrollar la normativa en la que basaremos nuestra opinión con respecto al empleo de estos símbolos religiosos en el ámbito laboral.

En primer lugar, y como bien apunta GARCÍA VÁZQUEZ (2013)

*En nuestro país, no se prohíbe el uso de símbolos religiosos en las escuelas ni en los lugares de trabajo, aunque haya tenido varios conflictos reseñables, algunos protagonizados por alumnas musulmanas que desean portar el velo islámico en escuelas públicas*⁶⁴.

Además, España es un Estado laico, ya que el artículo 16.3 CE establece que “ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

En virtud de ello, no debería haber ninguna confesión religiosa con privilegios, como tampoco debería haber ninguna en inferioridad de condiciones. Por ello, todos tenemos los mismos derechos en lo que a religión y creencias se refiere. No vamos a desarrollar en profundidad todos los derechos de los que podemos disfrutar en lo que a este caso se refiere, tan solo los vamos a recordar para tenerlos presentes porque ya han sido desarrollados en la primera parte de este documento.

Los derechos a tener en cuenta son:

- Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE). Límites de este derecho:
 - o Salud pública.
 - o Seguridad pública.
 - o Moral pública.
 - o Orden público.
- Derecho a la igualdad (art. 14 CE).
- Derecho a la dignidad (art. 10.1 CE).
- Derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1).

En el momento de valorar qué consideraríamos en el caso de ser burka, niqab, crucifijo o kippa judía debemos tener como límite el respeto de estos derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, debemos tener en cuenta los derechos también reconocidos a las empresas, que también deben protegerse conviviendo con los derechos de la persona. En esta cuestión es de aplicación el artículo 38⁶⁵ de la CE. En este precepto se regula la libertad de empresa. La CE en este caso determina que las compañías tienen potestad para

⁶⁴ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013, p. 393.

⁶⁵ Art. 38 CE: “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”.

tomar aquellas decisiones que tengan como causa la productividad, es decir, velar por sus intereses. Por supuesto se contempla que deberán velar por que este derecho sea acatado.

Cabe decir que, si bien los derechos por los que está protegido el individuo son considerados por la Carta Magna como derechos fundamentales, el derecho a la libertad de empresa siendo los derechos ponderados intentando que “convivan” sin que el disfrute de unos implique la vulneración de otros.

Por ello, el artículo 53.1⁶⁶ CE reconoce que todos los derechos citados (entre otros) están protegidos frente a disposiciones legislativas en las que no se respete el contenido esencial establecido en el texto constitucional por este precepto. Además, se reconoce como mecanismo de tutela el establecido en el artículo 161.1.a) de la CE. Éste es el recurso de inconstitucionalidad.

2. Burka y Niqab.

El burka es definido como una prenda que “oculta completamente todo el cuerpo de la mujer, incluidos sus ojos, y que tiene una rendija que las permite ver, ocultando su mirada al mismo tiempo”⁶⁷.

En ocasiones se suele atribuir a la religión musulmana, el Islam, un carácter extremista, de carácter machista, en el que las mujeres están sometidas. Sin embargo, tal vez sería simplista considerando que se trata de la segunda religión con más adeptos del mundo (casi 1.200 millones de personas en 2002⁶⁸).

En palabras de GARCÍA VÁZQUEZ (2013):

*Reducir el Islam a un bloque de integristas es una auténtica barbaridad, porque sería simplificar al límite una realidad tan compleja como extraordinariamente diversa. La existencia de profundas divisiones étnicas, religiosas y nacionales entre los musulmanes y la pluralidad de corrientes y concepciones que podemos constatar es un hecho frecuentemente preterido [...] en el seno de esta religión que engloba diferentes culturas, y que acoge a cientos de millones de personas, han florecido corrientes que propugnan la tolerancia, la comprensión, la solidaridad, la paz, la igualdad y el intercambio de ideas*⁶⁹.

Como se manifiesta en este extracto, la religión musulmana comprende multitud de tendencias en lo que a la manifestación e interpretación de esta fe se refiere. En la actualidad conocemos la corriente musulmana que tiene la violencia y la radicalidad como estandartes, sin embargo, también hay corrientes que se fundamentan en la paz e igualdad.

Precisamente esa diversidad es la que nos lleva al análisis de las diferentes manifestaciones de esta religión, la musulmana, por parte de las mujeres que la profesan. En nuestro caso vamos a referirnos al burka y el nikab.

⁶⁶ Art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

⁶⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”. Foro, Nueva Época. N.º 13, 2011, p. 147.

⁶⁸ SEGURA I MAS, A. “Aproximación al mundo islámico: Desde los orígenes hasta nuestros días” Editorial UOC, 2002 p. 29

⁶⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013, p. 375.

Estas dos prendas son definidas por GARCÍA VÁZQUEZ (2013) de la siguiente manera:

- Burka: “oculta completamente el cuerpo, permitiendo que la mujer pueda “ver” el exterior a través de una pequeña rejilla tupida de tela que le impide ser vista.
- Nikab: “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 zona)”⁷⁰

Hay multitud de tipos de prendas que identifican a las mujeres musulmanas como puede ser el hiyab o velo islámico al que tantas veces hemos hecho referencia a lo largo de este documento. La diferencia entre el nikab y el burka por un lado y el velo islámico es la superficie del cuerpo femenino que cubre.

El nikab y el burka cubren el cuerpo por completo, incluido el rostro. En el caso del burka, se lleva en la zona ocular una “rendija” integrada que impide ser vista por los demás, pero también impide que la mujer que lo porta vea con normalidad. En estas dos prendas se “pretende” que no vea la piel de las mujeres. Somos conscientes de que hemos definido de nuevo estas dos prendas, pero creemos relevante destacar la falta de visión por parte de las mujeres que visten el burka y el hecho de que en ciertas épocas del año pueden ser incluso perjudiciales para su salud.

Vestir este tipo de prendas en un puesto de trabajo que esté al aire libre en época estival en España puede conllevar mareos, deshidratación o simplemente hacer el trabajo verdaderamente duro.

En el caso del hiyab, se trata de un pañuelo con el que las mujeres se cubren la cabeza, su cabello, dejando la cara completamente al descubierto. A nuestro juicio, el velo islámico podría equipararse, si le extraemos la propiedad religiosa, a una gorra, a una bufanda o un foulard, a quien lleva una camiseta de su grupo preferido...en definitiva, una manera de expresarnos y sentirnos bien con nuestra imagen exterior, no solo por los demás, sino también por nosotros. Solemos vestir de acuerdo a la ocasión, la temperatura, nuestro estado de ánimo, la persona o personas con la que nos vayamos a encontrar...es una elección totalmente personal y, a nuestro juicio nadie debería entrometerse.

Así lo considera también BOROWSKI⁷¹,

Si por ejemplo una mujer musulmana por razones religiosas se siente obligada a llevar el velo, su convicción religiosa convierte el velo en un símbolo religioso. Pero si una mujer lleva el velo sólo por razones de moda, en el caso del velo y desde su perspectiva y convicción no se trata de un símbolo religioso, sino simplemente de una prenda de vestir.

Con respecto a esta religión cometemos el error de dar por cierto que las mujeres musulmanas visten de esta forma por sumisión u obligación y que su significado es la degradación de la mujer y/o exaltación del hombre. Sin embargo, al principio del Islam,

⁷⁰ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013, p. 377.

⁷¹ BOROWSKI, M. ¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal. ELÓSEGUI ITXASO, M. (coord.) *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania* pp. 23 – 48.

esta diferencia de vestimenta representaba diferencia de clases donde las que portaban velo eran las de clase alta y libres, y las que no lo vestían de clase baja y esclavas⁷².

A pesar de este hecho, la tradición, consideramos que es cierto que en la actualidad hay países y corrientes en las que sí es así y que las mujeres van vestidas de este modo por obligación y no por decisión propia.

3. CRUZ CRISTIANA O KIPÁ JUDÍA.

En este caso, vamos a desarrollar el significado de estos dos símbolos de forma conjunta puesto que ambas se basan en el mismo texto, la Biblia.

En primer lugar, el crucifijo. Al contrario que en el caso de las prendas vestidas mencionadas con anterioridad, al crucifijo se le discute el hecho de si se trata de un símbolo religioso, o si por el contrario se trata de un símbolo “neutro” sin significado específicamente religioso.

Vamos a referirnos a sentencias del ámbito de la educación, y, aunque nuestra cuestión es de carácter laboral dada la escasez de asuntos laborales y la abundancia de casos educativos, creemos que para esta cuestión pueden ser adecuadas.

La diferencia interpretativa se desarrolló en la STEDH de 18 de marzo de 2011⁷³.

En un ámbito no religioso como la escuela, [...] el crucifijo puede todavía revestir, para los creyentes, los mencionados valores religiosos, pero tanto para los creyentes como para los no creyentes, su exposición está justificada, y posee un significado no discriminatorio desde el punto de vista religioso, si es capaz de representar y evocar de manera sintética e inmediatamente perceptible y previsible (al igual que cualquier símbolo), unos valores civilmente importantes, especialmente los valores que sostienen e inspiran nuestro orden constitucional, fundamento de nuestra vida civil. En este sentido, el crucifijo puede cumplir –incluso desde una perspectiva "laica" distinta de la perspectiva religiosa que le es propia– una función simbólica altamente educativa, con independencia de la religión que profesen los alumnos.

Como se observa en el extracto, se considera la posibilidad de que fuera del entorno religioso sea un símbolo del bien común.

Sin embargo, no todos los tribunales lo ven de este modo, sino que lo identifican total y únicamente a la religión cristiana, como expresó el TC de Alemania en la sentencia de 16 de mayo de 1995.

La cruz es un símbolo de una determinada convicción religiosa y no sólo la expresión de la cultura occidental formada por el Cristianismo. [...] La cruz sigue formando parte de los símbolos específicos de la fe del Cristianismo. Es realmente su símbolo de la fe por antonomasia. [...] Sería una profanación de la cruz contraria a la convicción del Cristianismo y de las iglesias cristianas si se la quisiera considerar, como en las

⁷² Véanse: PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”. Foro, Nueva Época. N.º 13, 2011, pp. 139 – 187; GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013, p. 377; y WARREN, C. “Quitando el velo: mujeres y derecho islámico”. Anuario de Derecho humanos. Foro, Nueva Época. N.º 9, 2008, pp. 621 – 660.

⁷³ STEDH núm. 31/2011 de 18 de marzo (Caso Lautsi y Otros contra Italia).

sentencias atacadas, como mera expresión de la tradición occidental o símbolo de culto sin referencia específica de fe”⁷⁴.

Como podemos observar, dependiendo de quién interprete la situación concreta, un mismo símbolo puede tener implicaciones religiosas o no, y a nuestro juicio no hay interpretaciones erróneas, sino subjetivas. Lo creemos acertado ya que estamos tratando un derecho, el de la libertad religiosa, que protege aquello que pensamos de forma individual, algo propio de cada persona.

En el ámbito laboral, este factor es importante, ya que en la circunstancia en la que sea incompatible el símbolo en cuestión con el puesto de trabajo podrían entrar en conflicto el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, si se trata de un “accesorio” a nuestra imagen del que sería más fácil desprenderse durante la jornada laboral y volver a vestirlo al finalizarla.

Para continuar, vamos a referirnos a un símbolo religioso del judaísmo, la kipá judía. Se trata de un gorro pequeño que cubre de forma total o parcial la cabeza.

En la religión judía se establece que:

*Existen reglamentaciones válidas para el conjunto de la comunidad judía, [...] Siguiendo las definiciones de la Enciclopedia de la Historia y la Cultura del Pueblo Judío (1998), en el primer caso, se prohíbe al hombre judío caminar o rezar con la cabeza descubierta. Se explica que, en la época bíblica, el varón se cubría en algunas ocasiones la cabeza [...] mientras que en la época del Talmud, cubrirse la cabeza era considerado una práctica de devoción. En el Shulján Aruj no hay referencia específica al respecto. No obstante, la costumbre se arraigó hasta convertirse en símbolo*⁷⁵.

Dentro de esta religión no solo hay la cobertura de la cabeza como símbolo judío en lo que a apariencia se refiere. Por ejemplo, uno de los rasgos característicos de los rabinos es la barba, que tiene unos cuidados específicos y cuya “función” es la de diferenciación frente al resto de miembros de la comunidad judía.

4. NUESTRAS CONCLUSIONES.

Para expresar nuestra opinión con respecto a esta cuestión, nos vamos a posicionar tanto desde el punto de vista del empresario, como desde el punto de vista de los compañeros de trabajo.

- Desde el punto de vista del empresario.

En este caso, creemos importante dejar de lado todo tipo de creencias, es decir, el empresario no debería tener en cuenta sus creencias religiosas (en la medida de lo posible, es algo inherente a la persona). Lo primordial para el empleador debe ser que las tareas de sus empleados se realicen correctamente, ya sea la parte logística, las ventas, o la administración. En nuestro caso, no tendríamos inconveniente en que vistiese cualquiera de los símbolos objeto de esta pregunta.

⁷⁴ Extracto extraído de BOROWSKI, M. ¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal. ELÓSEGUI ITXASO, M. (coord.) *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, pp. 23 – 48.

⁷⁵ LUJÁN SÁNCHEZ, V. “La vestimenta como símbolo identitario judío”. *Cultura y Religión. Revista de Sociedades de Transición*. Vol. VI, N.º 2, 2012, pp. 113 – 117.

Como se ha podido entrever no somos muy partidarios del burka y del nikab, no por su simbología religiosa sino por los problemas de salud que podrían derivarse de su empleo. Sin embargo, en cualquier caso, la prohibición de llevar cualquiera de estos dos implicaría la prohibición de los otros dos y esta decisión estaría motivada únicamente por y para el beneficio de la compañía.

- **Desde el punto de vista de los compañeros.**

En el supuesto en el que nos encontrásemos en la posición de ser compañeros de alguien que decide vestir alguna de estas prendas, nos mantendríamos en una postura neutral.

No tendríamos ningún inconveniente en convivir con cualquiera que decidiese vestir cualquiera de las prendas, ya sean el burka, el nikab, la kipá judía o el crucifijo.

Creemos en la tolerancia y en la solidaridad y que todos podemos necesitar la ayuda de los demás en algún momento, por tanto, procuraríamos en todo lo posible facilitar la compatibilidad de la práctica del derecho a la libertad religiosa y el puesto de trabajo. Además de esforzarnos en tener un buen ambiente de trabajo.

A veces, olvidamos que lo importante a la hora de igualar a las personas es equipararlas en el disfrute de derechos y deberes, no diferenciarlas y marcar sus desavenencias.

Para terminar, nos gustaría plasmar en palabras de GARCÍA VÁZQUEZ (2013) lo que para nosotros debería ser la línea a seguir para el proceso de integración de la diversidad cultural que podemos encontrarnos en la actualidad.

“No debemos perder de vista que la verdadera integración no es tanto una cuestión de identidad, sino un proceso de equiparación de derechos y deberes, de desarrollo de una auténtica igualdad real, de acceso a un estatus normalizado como ciudadanos que mejoran sus condiciones de vida e integración social”⁷⁶.

PROCEDIMIENTO DE DEMANDA Y ANÁLISIS

1. HECHOS A TENER EN CUENTA PARA LA CUESTIÓN

- Durante las semanas que transcurrieron desde que la Señora González visitó el hiyab en su puesto de trabajo, hasta que finalmente fue despedida, la Asociación para la Defensa del Velo Islámico (en adelante nos referiremos a ella como “Asociación”), emprendió una campaña de boicot contra los productos de la empresa Maca, S.A.
- Como consecuencia de esta iniciativa, las ventas de la citada sociedad se redujeron en un 50%.

2. VÍAS DE DEMANDA

Consideramos que en este caso, se ha producido una vulneración del derecho al honor de la empresa Maca, S.A.

⁷⁶ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013, p. 376.

Puede parecer desacertado puesto que se encuentra regulado en el artículo 18 de la CE y es considerado un derecho fundamental, además, éste deriva de la dignidad humana. Sin embargo, se asienta en la STC núm 139/1995 de 26 de septiembre el reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas⁷⁷:

“dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la CE. Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor”.

En virtud a todo ello, podemos basar jurídicamente el caso de Maca, S.A en una vulneración del derecho al honor.

2.1. VÍA CONSTITUCIONAL:

La primera vía que desarrollamos por la que Maca, S.A puede proteger su derecho al honor es la constitucional. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 18.1 de la CE. Además, está vinculado con el artículo 20.4 de la Carta Magna, en el que se establece que estarán especialmente protegidos frente a la libertad de expresión.

Esta protección añadida es importante para el caso de Maca, S.A, la Asociación para la Defensa del Velo Islámico podría alegar que estaba ejerciendo su libertad de expresión para justificar el boicot contra la empresa. Por esta disposición de la CE, se manifiesta la predominancia entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

Por último, se regula en el artículo 9.1 de la LO 1/82 que las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, están protegidas por lo establecido en el artículo 53.2 CE.

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

En la jurisprudencia encontramos el reconocimiento expreso de la protección del artículo 53.2 de la CE, como ocurre en el la STC 53/1983 de 20 de junio:

“La referencia que hace el art.53.2 CE. a «cualquier ciudadano» como sujeto que puede recabar la tutela de las libertades y derechos a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y las notas que para algunos tipifican el concepto de ciudadano, no debe llevarnos a negar a las personas jurídicas y, entre ellas, a las sociedades mercantiles”

Como vemos, una persona jurídica está preservada por este precepto constitucional, por tanto, Maca, S.A tendrá derecho al recurso de amparo.

⁷⁷ Véanse STC núm. 107/1988 de 8 de junio; STC núm. 51/1989 de 22 de febrero y STC núm. 214/1991 de 11 de noviembre, donde también se reconoce el derecho al honor a las personas jurídicas.

2.2. VÍA PENAL:

Esta vía de protección del derecho al honor se encuentra recogida de forma expresa en el preámbulo de la LO 1/82.

“el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el Libro II, Título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza”.

Después de las diversas reformas del Código Penal⁷⁸ (CP en el resto del documento) el derecho al honor se encuentra regulado en el Título XI del Libro II. En estos preceptos se regulan la injuria y la calumnia. En nuestro caso, se trata de injurias, es decir, la “acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art.208 CP).

La Asociación para la Defensa del Velo Islámico, estuvo durante semanas llevando a cabo una campaña para boicotear a la empresa Maca, S.A. Esta compañía, debido a las acciones promovidas por la nombrada asociación, sufrió un descenso de hasta el 50% de las ventas. Por lo que consideramos que Maca, S.A se encuentra protegida por lo regulado en ese precepto, ya que, por las acciones llevadas a cabo por la asociación, la empresa ha visto mermado su prestigio profesional, y como consecuencia de ello, ha perdido así gran parte de las transacciones en las que se basa su negocio.

Las penas por injurias se establecen en los artículos 209 y 210 del CP. Dentro de estos dos artículos, podría ser relevante para nuestro caso el art. 209 del CP, ya que se disponen las injurias con publicidad y que por tanto se consideran injurias de gravedad. Dentro de las disposiciones generales de las injurias y las calumnias (arts. 211 a 216 CP), en el artículo 211 del CP se determina que para que haya injurias con publicidad es necesario que se propaguen las acciones que dañan la fama del injuriado por medios de difusión como la imprenta, la radio u otro medio con divulgación similar.

Puesto que en el supuesto no se dan más datos que estos: “la Asociación para la Defensa del Velo Islámico emprende una campaña de boicot a los productos distribuidos por Maca, S.A.”. En base a ello, no podemos saber que medio empleó la asociación para llevar a cabo el boicot, sin embargo, si se produjeron bajo las circunstancias del artículo 211 CP, las injurias se penarían en virtud del artículo 209⁷⁹ CP teniendo una pena superior que si no son con publicidad.

En lo que respecta a esta vía, es relevante a la hora de decantarse por ella, que las injurias solo serán constitutivas de delito siempre y cuando sean graves, como se dispone en el artículo 208⁸⁰ del CP. Son calificadas como graves aquellas que sean con publicidad, como hemos explicado anteriormente. Además, son consideradas graves aquellas que se cometan con el conocimiento de que éstas son falsas.

La jurisprudencia acota los requisitos necesarios y el alcance del tipo penal de injurias. Como podemos observar, protege tanto el honor frente a terceros y frente a uno mismo.

⁷⁸ BOE, núm. 281, de 24 de noviembre. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷⁹ Art. 209 CP: “Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses”.

⁸⁰ Art. 208 CP: “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Además, y puede interpretarse como en sentido opuesto, la jurisprudencia de la AP establece, como requisito necesario el dolo por parte del que comete las injurias configurando el dolo como condición suficiente para entenderse cumplido el delito de injurias.

“El concepto legal de injuria, al que debe remitirse también la injuria leve constitutiva de falta, se halla acotada en el artículo 208 del CP en el siguiente sentido: es injuria " la acción o expresión que lesiona la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando a su propia estimación". Con esta definición legal, el CP de 1995, por un lado, otorgó protección penal no solo al honor objetivo concretado en la fama o crédito que uno tiene frente a los demás sino también a la autoestima (honor subjetivo) y, por otro, despejó cualquier duda respecto de si era exigible un específico elemento subjetivo del injusto ("animus iniuriandi)configurando la figura como estrictamente dolosa en el sentido de que basta el dolo para entender cumplido el tipo (conocer que la expresión es susceptible de menoscabar la dignidad de la persona o su autoestima y aun así proferirla)". SAP de Madrid, núm. 50/2015, de 4 de febrero,

En el caso de Maca, S.A, entendemos, que la Asociación para la Defensa del Velo Islámico imputa a la empresa haber despedido a Laura González por causas discriminatorias. En base a esto, para que haya cabida a la estimación de la denuncia, debería declararse el despido de la Señora González como despido procedente y, además, que se demuestre que la asociación sabía antes del inicio del boicot que eso no era cierto.

Consideramos, que mediante esta vía podría ser desestimada la denuncia por el hecho de que el juez considere que las injurias no tuvieron esa gravedad requerida. O como ocurre en la práctica en numerosas ocasiones, que el derecho al honor entre en colisión con el amparo del derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE).

Por otro lado, el artículo 216 del CP establece que una parte de la reparación del daño está comprendida por la publicación de la sentencia condenatoria a costa del condenado⁸¹.

Por último, en lo que respecta a esta vía para la defensa de la empresa Maca, S.A, debemos atender a los artículos 109 y 110 del CP. En estos dos preceptos se determina que en caso de que se produzca alguno de los delitos indicados en ese código, se obliga a reparar los daños y perjuicios por el menoscabo causado (art. 109 CP). Además, en el artículo 109.2 CP se deja abierta la posibilidad al sujeto dañado de exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

En lo que respecta al artículo 110 del CP, se recogen los elementos de los que se compone la responsabilidad civil; la restitución, la reparación del daño y la indemnización por daños y perjuicios, tanto morales como materiales.

2.3. VÍA CIVIL:

En esta vía, la «*exceptio veritatis*» no tiene efectos excepto si se deben ponderar otros derechos fundamentales, a diferencia de la vía penal, en la que sí los tiene. Es decir, en esta vía, es posible que las acusaciones que se viertan hacia la persona jurídica sean reales pero que aún y así agredir el derecho al honor del acusado.

Como expresa parte de la doctrina,

⁸¹ Véase STS núm. 607/2014 de 24 de septiembre.

“Si bien es cierto que se debe atender a la veracidad en las afirmaciones vertidas para desvirtuar la condena por intromisión en el derecho al honor, no es menos cierto que en ocasiones, aunque lo que se dice sea cierto, en función del modo en que se hace o del contexto puede entenderse vulnerado el derecho al honor. [...] Por ello se debe atender también al «animus iniuriandi»”⁸².

Para empezar con la vía civil, debemos reparar en la LO 1/82. En concreto el artículo 7 de esta LO, en el que se enuncian una serie de conductas que en caso de producirse se considerarían intromisiones ilegítimas en el honor, la intimidad personal y la propia imagen.

En el caso de la empresa Maca, S.A debemos aludir al párrafo 7 del citado artículo. En él se determina explícitamente que “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

El hecho de que se reconozca como vulneración del derecho al honor la manifestación de opiniones que dañen la fama del acusado, creemos que comprende la situación en la que se vio envuelta la compañía Maca, S.A con el boicot que llevó a cabo la Asociación para la Defensa del Velo Islámico durante semanas frente a los productos del primero.

Cabe decir, que, aunque el artículo 7 de la LO 1/82 tan solo enumere 8 situaciones contempladas como intromisiones ilegítimas de los derechos por los que vela, cabe decir que hay una asentada jurisprudencia en la que los tribunales determinan que tan solo son ejemplos y que no se trata de una lista cerrada. Así se establece en la STS núm. 400/2001 de 20 de abril⁸³: “Los supuestos enunciados en el art. 7 de la Ley no constituyen un «numerus clausus», permitiendo extender la protección a supuestos distintos de agresiones ilegítimas, conforme al principio de «alterum non laedere».

No solo se determina esta característica del artículo 7 de la LO 1/82 como meramente enunciativo en la jurisprudencia, sino que también se recoge en la doctrina.

“Dado que el derecho al honor, como ha quedado sentado, depende del momento social, no otorgar el carácter meramente enunciativo a la lista del artículo 7 supondría que ante nuevos ataques al honor, fruto de cambios sociales, no habría medios de protección por no estar recogidas esas nuevas conductas en el precitado precepto. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, así como el principio «alterum non laedere», se hace necesario otorgar un carácter meramente enunciativo al contenido del comentado artículo”⁸⁴.

Para continuar, vamos a hacer referencia al artículo 9 de la citada LO, en el que se regula la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas de estos derechos. En el artículo 9.2 de la LO 1/82 se determinan las medidas para poner fin a las posibles intromisiones.

En lo que respecta a la restitución del disfrute del derecho o derechos dañados, se declara el cese inmediato de lo que causa el daño. En el caso que de la injerencia se haya producido sobre el derecho al honor, el restablecimiento del derecho incluye además del derecho de réplica, “, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa

⁸² GÓMEZ GARRIDO, J. Derecho al honor y persona jurídico-privada. REDUR 8, diciembre 2010, pp. 205 – 225.

⁸³ Véanse STS núm. 431/2003 de 29 de abril; STS núm. 1089/2008 de 12 de noviembre; STS 799/2004 de 19 de julio, para ver la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el listado del art. 7 LO 1/82.

⁸⁴ GÓMEZ GARRIDO, J. Derecho al honor y persona jurídico-privada. REDUR 8, diciembre 2010, p. 215.

del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida” (art. 9.2.a) LO 1/82).

Se recoge en lo posible la prevención de daños futuros (art. 9.2.b) LO 1/82) y la indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.c).

En el párrafo siguiente, en el artículo 9.3 de la misma norma, se establece que se presumirá la vulneración siempre que se acredite que hubo una intromisión ilegítima. La indemnización está ideada para extenderse “al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta [...] la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

Parte de la doctrina tiene con respecto al artículo 9.3 de la LO 1/82 cierto debate. Esta cuestión se basa en los daños morales, ya que parece por la literalidad del artículo que hace una presunción «*iure et de iure*» de que, si hay vulneración del derecho al honor, tiene que haber daños morales. Para algunos autores, esta interpretación implicaría vaciar el contenido las medidas de protección del artículo 9.2 de la LO 1/82. Por ello, entienden que se trata de una presunción que permite la prueba en contrario («*iuris tantum*»).

Podemos ver la opinión doctrinal al respecto en el siguiente fragmento:

“a la luz de lo dispuesto en el art. 9.3º de la Ley del 82, y tras una atenta lectura de su escueto articulado, podemos concluir que no existe indicio alguno, -y menos expreso, como exige el Código Civil-, que permita sostener que la mencionada ley disponga una prohibición de la prueba en contrario, de ahí su carácter iuris tantum, no obstante, existen autores que niegan tal consideración y entienden que se trata de una auténtica presunción iuris et de iure⁸⁵”.

Por otro lado, hay que atender a la jurisprudencia, que se suele decantar por afirmar que esta presunción actúa «*de iure*».

“El art. 9.3 LO 1/1982 [...] contiene una «presunción “iuris et de iure”» que supone una aplicación de la regla «in re ipsa loquitur» que descarta las pretensiones sin contenido económico o cuando éste sea meramente simbólico. Los incisos siguientes relacionan varios factores indicativos para la cuantificación del daño moral – circunstancias del caso, gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión–, que obviamente tienen carácter enunciativo, si bien, en cualquier caso, la amplia fórmula de «circunstancias del caso» facilita la decisión del juzgador, aunque no le autoriza a su mera reproducción literal sin concretar cuales son las circunstancias específicas que se toman en cuenta.” STS núm. 213/2003 de 7 marzo⁸⁶.

En la jurisprudencia no solo se determina que la presunción es de pleno derecho, es decir, que si hay vulneración del derecho al honor hay daños morales. Los tribunales también especifican que el juzgador deberá determinar la indemnización atendiendo a las circunstancias de cada caso y que la cuantía deberá estar justificada. Además, se concreta, que la presunción solo tiene alcance para los daños morales, no a los patrimoniales.

Sin embargo, en el preámbulo de la LO 1/82 se determina que la indemnización por daños y perjuicios se presume en todos los casos en los que se produzcan daños a los

⁸⁵ ROVIRA SUEIRO, M.E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A Coruña, 1997, p. 453.

⁸⁶ Véase también STS núm. 212/2006 de 7 marzo.

derechos protegidos por la ley, y que, además, ésta comprende tanto los perjuicios materiales como los morales⁸⁷.

Como podemos observar, hay contradicciones entre la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.

Consideramos que esta es la vía a seguir debido a que en el caso de la vía penal es requisito “*sine qua non*” que las injurias sean graves por lo que puede ser considerado por el juez que no ha sido así y por lo tanto desestimar nuestras pretensiones. Además del hecho de que la vía penal ya reconoce de forma subsidiaria la protección de la jurisdicción civil.

Por último, en la vía civil no es necesario que las acusaciones vertidas sean inciertas para que se determine que se ha dañado el honor, solo es necesario que haya habido perjuicio por esas acciones. Sin embargo, en la jurisdicción penal es necesario que las acusaciones vertidas sean falsas para que se considere vulnerado el citado derecho.

En conclusión, consideramos que a causa de la menor “rigidez” y la ausencia de efectos de la «*exceptio veritatis*» de la jurisdicción civil, consideramos que la vía en la que habría más perspectivas de éxito sería esta.

⁸⁷ Parte del preámbulo de la LO 1/82: “En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales”.

FUENTES

JURISPRUDENCIALES

ATC núm. 359/1985 de 29 de mayo.
ATC núm. 551/1985 de 24 de julio.
ATC 897/1999 de 14 de diciembre.
ATS núm. 1569/2016 de 22 de noviembre.
SAP de Madrid, núm. 50/2015 de 4 de febrero.
STC núm. 24/1982 de 13 de mayo.
STC núm., 33/1982 de 8 de junio
STS de 31 de mayo de 1983.
STC 53/1983 de 20 de junio.
STC núm. 120/1983 de 15 de diciembre.
STS de 25 de junio de 1984.
STC núm. 19/1985 de 13 de febrero.
STS de 21 de septiembre de 1987.
STC núm. 107/1988 de 8 de junio.
STC núm. 51/1989 de 22 de febrero.
STC núm. 104/1989 de 8 de junio.
STC núm. 20/1990.
STC núm. 120/1990.
STC núm. 214/1991 de 11 de noviembre.
STC núm. 139/1995 de 26 de septiembre.
STC núm. 177/1996 de 11 de noviembre.
STS recurso núm. 362/1999 de 23 de marzo de 2000.
STS recurso núm. 3827/2000 de 12 de junio de 2001.
STC núm. 46/2001 de 15 de febrero.
STC núm. 154/2002 de 18 de julio.
STS núm. 213/2003 de 7 marzo.
STS núm. 212/2006 de 7 marzo.
STS recurso núm. 4842/2005 de 7 de febrero de 2007.
STS recurso núm. 3326/2006 de 20 de septiembre de 2007.
STS núm. 62/2011, de 5 de mayo de 2011.
STS de 18 de junio.
STS núm. 89/2012 de 5 de febrero de 2013.

STS núm. 607/2014 de 24 de septiembre.
STS núm. 366/2016 de 3 de mayo.
STEDH núm. 496/2001 de 31 de julio de 2001.
STEDH de 18 de marzo de 2011.
STEDH núm. 12/2013 de 15 de enero.
STSJ de Baleares, Sala de lo Social núm. 457/2002 de 9 de septiembre.
STSJ de Galicia (Sala de lo Social), Recurso de Suplicación núm. 3806/2002, de 12 de septiembre.
STSJ País Vasco núm. 2555/2006.
STSJ de Granada núm. 412/2009 de 18 de febrero.
STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 3298/2009, de 22 de octubre.
STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 5330/2009 de 26 de noviembre.
STJUE núm. 24/2017 de 14 de marzo de 2017.

LEGISLATIVAS

- Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Directiva 2006/54/CE de 5 de julio).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2010
- Constitución Española de 27 de diciembre 1978
- Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1979
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948
- Establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre).
- Ley de Libertad Religiosa (Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio)
- Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Ley 62/2003 de 30 de diciembre)
- Ley de Protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen (Ley Orgánica 1/1982 de 5 mayo).
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código Penal.
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10 de octubre)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

BIBLIOGRÁFICAS

- BOROWSKI, M. ¿Qué significa un crucifijo? Símbolos religiosos y neutralidad estatal. ELÓSEGUI ITXASO, M. (coord.) *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania* pp. 23 – 48.

- GARCÍA VÁZQUEZ, S. “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco institucional, normativo y jurisprudencial.” Anuario da Facultade de Dereito da Coruña. N.º 17, 2013.
- GÓMEZ GARRIDO, J. Derecho al honor y persona jurídico-privada. REDUR 8, diciembre 2010, pp. 205 – 225.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, C. “El despido disciplinario. Concepto y causas”. Boletín Económico de ICE, N.º 2804, 2004, pp. 1000 – 1008.
- PORRAS RAMÍREZ, J.M. (coord.) *Derecho de la libertad religiosa*. Madrid: Tecnos, 2014.
- LUJÁN SÁNCHEZ, V. “La vestimenta como símbolo identitario judío”. Cultura y Religión. Revista de Sociedades de Transición. Vol. VI, N.º 2, 2012, pp. 113 – 117.
- PÉREZ ÁLVAREZ, S. “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”. Foro, Nueva Época. N.º 13, 2011, pp. 139 - 187.
- SEGURA I MAS, A. “Aproximación al mundo islámico: Desde los orígenes hasta nuestros días” Editorial UOC, 2002.
- ROSALES, C. M. “La moral pública y los jueces”. Foro, Nueva Época. N.º 16, 2013, pp. 137 – 163.
- ROVIRA SUEIRO, M.E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A Coruña, 1997.
- VELÁZQUEZ, M. “La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o “Mobbing””. Prevención, trabajo y salud: Revista del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. N.º 17, 2002, pp. 27-38. Consultado en el siguiente enlace web:
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Rev_INSH T/2002/17/artFondoTextCompl.pdf
- WARREN, C. “Quitando el velo: mujeres y derecho islámico”. Anuario de Derecho humanos. Foro, Nueva Época. N.º 9, 2008, pp. 621 – 660.

ENLACES CONSULTADOS

- Enciclopedia Jurídica (2014). Consultada online en el siguiente enlace web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-publico/orden-publico.htm>
- Guía Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2016” en el Título VII, epígrafe 17.3 apartados A), B) y C). Disponible también en la siguiente dirección web: http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm
- Real Academia Española. (2001). Diccionario del Español Jurídico (2016). Consultado online en la siguiente dirección web: <http://dej.rae.es/#>