

Trabajo de Fin de Grado

DESPIDO LABORAL POR EL USO DE VELO ISLÁMICO

Alumno: **David López García**

Tutora: **Sonia García Vázquez**

Grado en Derecho

Curso 2016-17

Índice

Abreviaturas	3
Introducción.....	4
I. Antecedentes de hecho	5
II. Base jurídica para la interposición de la demanda contra el despido injustificado ..	6
1. La extinción del contrato de trabajo: el despido disciplinario	6
A. La «indisciplina o desobediencia en el trabajo»	7
B. La «disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado»	8
2. El derecho a la libertad religiosa	9
A. Los límites de la libertad religiosa	10
B. El uso del velo islámico en los almacenes de ropa Maca, S.A.....	11
3. El reconocimiento constitucional de los derechos a la igualdad y a la no discriminación	13
A. El derecho a la no discriminación en el empleo privado.....	15
B. Breves consideraciones acerca del artículo 314 del Código Penal	17
4. La calificación judicial del despido	17
A. Despido improcedente.....	18
B. Despido nulo	18
5. Conclusiones	19
III. Oportunidad jurídica de la demanda por daños y perjuicios psicológicos	20
1. El acoso moral en el ámbito laboral.....	20
A. Elementos configuradores del <i>mobbing</i>	21
B. La conexión con la dignidad de la persona y la integridad moral	22
C. La obligación del empresario de proteger la salud del trabajador	23
2. La tutela frente al acoso moral y el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales	24
A. Sanciones administrativas desde el ordenamiento jurídico-laboral	24
B. La calificación de la depresión aguda de Laura como un accidente de trabajo ..	26
C. Indemnización por responsabilidad civil	27
D. La respuesta del Código Penal	28
E. El ejercicio de acciones ante los Juzgados de lo Social.....	29
3. Conclusiones	31

IV. Utilización de otros símbolos religiosos	32
1. Niqab o burka	32
A. Aproximación al Derecho comparado: la situación francesa	32
B. La falta de regulación en España	33
2. Cruz cristiana o kipá judía	35
3. Conclusiones	36
V. Posibles vías para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico.....	36
1. El derecho al honor de las personas jurídicas	37
A. El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión	38
2. Vía penal	39
3. Vía civil.....	40
4. Conclusiones	42
VI. Conclusiones finales	43
Bibliografía	45
Apéndice normativo	46
Apéndice jurisprudencial	47

Abreviaturas

ADVI: Asociación para la Defensa del Velo Islámico

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

ET: Estatuto de los Trabajadores

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LISOS: Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LO: Ley Orgánica

LORL: Ley Orgánica de Libertad Religiosa

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

OIT: Organización Internacional del Trabajo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Introducción

En el presente trabajo serán desarrolladas una serie de cuestiones que se plantean a raíz del suceso principal del caso: el despido de una trabajadora que comienza a acudir a su lugar de trabajo haciendo uso del velo islámico.

En primer lugar, se analizarán todas las circunstancias que dieron lugar al despido, en aras de determinar cuál sería su correspondiente calificación judicial. A continuación, se tratará la oportunidad jurídica de la demanda que desea interponer la trabajadora por los daños y perjuicios psicológicos sufridos como consecuencia de toda la situación. En tercer lugar, se realizarán unas consideraciones acerca de si la respuesta jurídica habría sido la misma si, en vez de un *hiyab*, el símbolo religioso que decide utilizar la empleada fuese un *burka* o una *kipá*, entre otros. Por último, se observará la injerencia que tuvo en el derecho al honor de Maca, S.A. la campaña de boicot promovida por la Asociación para la Defensa del Velo Islámico, así como una serie de aspectos relativos a ella.

Como es sabido, la utilización del *hiyab* –así como la de otros símbolos religiosos que se mencionan en el trabajo, con especial atención al *niqab* y al *burka*– es un asunto que no está exento de polémica, por todas las implicaciones que conlleva. Se trata de una cuestión multidisciplinar, en el sentido de que puede enfocarse desde múltiples perspectivas: histórica, sociológica, cultural, feminista, ideológica, entre otras. Sin embargo, por el carácter del trabajo que nos ocupa, será abordada desde un punto de vista jurídico.

Así mismo, a lo largo de la argumentación, se hace referencia a numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como a una del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero se trata de un Tribunal internacional, dado que se trata de un órgano judicial del Consejo de Europa, y constituye una instancia adicional de protección en caso de presuntas violaciones de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de que sus sentencias son únicamente obligatorias para el Estado condenado, serán utilizadas para fundamentar determinadas posturas argumentativas. En cambio, el segundo de los Tribunales es una institución propia de la Unión Europea, que interpreta su legislación para garantizar que se aplique de manera uniforme en los países que forman parte de ella. Por lo tanto, su actuación tiene lugar en el ámbito comunitario y sus pronunciamientos vinculan a todos los Estados miembros.

Realizadas estas apreciaciones, se procederá con el estudio del supuesto práctico planteado.

I. Antecedentes de hecho

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.

II. Base jurídica para la interposición de la demanda contra el despido injustificado

La libertad de empresa es un derecho que la Constitución Española¹ reconoce en su artículo 38.1² y que ha sido desarrollado tanto por la legislación como por la jurisprudencia. De hecho, el Tribunal Constitucional ha señalado, en su STC núm. 225/1993³, que dicho derecho también abarca «el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones propias del mercado», por lo que se otorga un poder de dirección al empresario⁴.

Por el contrario, al trabajador le corresponde un deber de obediencia (art. 5, letra c, ET) respecto de las órdenes impartidas por el empresario, siempre que estas se encuentren dentro del marco de sus funciones directivas. No obstante, también se le reconoce el *ius resistentiae*, que lo habilita para desobedecer de forma legítima ciertas decisiones empresariales, entre las que se encuentran aquellas que lesionen sus derechos fundamentales⁵.

Realizadas estas apreciaciones a modo de introducción, se procederá a analizar la base jurídica con la que cuenta Laura para interponer una demanda contra la empresa Maca, S.A. por haber sido despedida, presuntamente, de manera injustificada. Para poder alcanzar unas conclusiones debidamente fundamentadas, es necesario comentar previamente una serie de cuestiones importantes, como la relativa a la concreta modalidad de extinción del contrato de trabajo que ha habido en este caso, así como otras referentes a los derechos que se podrían ver afectados a raíz de esta.

1. La extinción del contrato de trabajo: el despido disciplinario

Aunque con ciertas peculiaridades, el contrato de trabajo es una relación jurídica contractual. Por lo tanto, es susceptible de ser extinguido, lo que provoca la ruptura de la relación laboral y la cesación de sus efectos. Para que esta ruptura sea legítima debe llevarse a cabo conforme al artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 13 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*⁶, que contempla el despido del trabajador por voluntad del empresario (letra k). Dicho artículo recoge una listas numerus clausus de supuestos por los que se puede

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE.

² Este derecho también lo reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 16.

³ STC núm. 225/1993, de 8 de julio [RTC 1993\225].

⁴ El poder de dirección se concreta, por ejemplo, en el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, que señala que «en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres».

⁵ STC núm. 123/1990, de 2 de julio [RTC 1990\123].

⁶ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2014; en adelante, ET.

extinguir la relación jurídico- laboral, la cual no puede ser ampliada ni por la autonomía individual ni por la negociación colectiva.

Sin embargo, la voluntad del empresario de poner fin a la relación laboral no es suficiente, por sí sola, para extinguir el contrato de trabajo. Es necesario que la decisión se fundamente en alguno de los motivos legalmente previstos, como los relativos a la persona del trabajador o los relacionados con el funcionamiento de la empresa. En este sentido, nuestra legislación laboral refleja el contenido del artículo 4 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador⁷, elaborado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, según el cual «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».

Pues bien, como ya ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, en el presente supuesto una trabajadora ha sido despedida por falta de disciplina y bajo rendimiento, al amparo del artículo 54 ET. Dicho artículo regula el despido disciplinario, una de las modalidades de extinción del contrato de trabajo, cuyas principales características serán comentadas a continuación.

En primer lugar, se trata de una decisión unilateral del empresario, que surte efectos de forma inmediata sin necesidad de ningún tipo de convalidación judicial, y sin perjuicio de que pueda ser objeto de control *a posteriori* si es impugnada judicialmente por el trabajador⁸.

En segundo lugar, es un acto recíptico, puesto que para que sea eficaz debe dirigirse y notificarse al trabajador destinatario⁹.

En tercer lugar, el despido disciplinario deviene del incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo por parte del empleado. Por lo tanto, para que pueda tener lugar, el empresario debe basar su decisión en alguna de las causas que señala el apartado segundo del artículo 54 ET, entre las que se encuentran las alegadas por Maca, S.A. para proceder con el despido de Laura: «indisciplina o desobediencia en el trabajo» [art. 54.2.b)] y «disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado» [art. 54.2.e)]. Así mismo, también se consideran suficientes «las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo», «las ofensas verbales o físicas al empresario o las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos», «la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo», entre otras.

A. La «indisciplina o desobediencia en el trabajo»

Se debe tener en cuenta que, de un lado, el deber de obediencia surge cuando el empresario da al trabajador una orden legítima. De otro lado, se considera desobediencia la negativa firme por parte de éste a seguir dicha orden. Por ejemplo, un caso claro de

⁷ De ahora en adelante, C158. En 1985 España ratificó este acuerdo internacional, que fue adoptado en Ginebra en 1982 (BOE núm.155, de 29 de junio de 1985).

⁸ BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario”, en *Derecho del Trabajo* (CAMPOS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., Coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 484.

⁹ MONTOYA MELGAR, ALFREDO: *Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 470.

indisciplina es el de un trabajador que durante su jornada laboral decide emborracharse, contraviniendo de este modo los deberes de conducta que deben presidir la correcta ejecución de las funciones asignadas por la empresa¹⁰.

Ahora bien, el hecho de que una mujer de religión musulmana lleve puesto el velo islámico durante su jornada de trabajo, ¿puede realmente considerarse un motivo de indisciplina o desobediencia? Tal vez podría llegar a entenderse de este modo si la empresa, en su política interna, incluyese una norma que prohibiese el uso visible de algún signo religioso por parte de sus trabajadores¹¹. Sin embargo, no es así en este caso, ya que Laura es conocedora de que varios de sus compañeros portan colgantes con cruces cristianas, sin que esto conlleve consecuencias negativas para ellos. Por lo tanto, es conveniente plantearse si esta diferencia de trato atentaría contra su derecho a la no discriminación, lo que será analizado en detalle más adelante.

También se debe señalar que en ningún momento la trabajadora se niega a llevar el uniforme reglamentario, sino que simplemente añade una prenda más, la cual simboliza sus convicciones religiosas. Es decir, la razón por la que desobedece las instrucciones de Maca, S.A. no se basa en una moda o en un gusto estético, sino en un derecho fundamental: el derecho a la libertad religiosa. En este sentido, la argumentación llevada a cabo por el TSJ de Baleares en la Sentencia núm. 457/2002 indica que «no existen derechos ilimitados y el derecho de la empresa a imponer a sus empleados el uso de un determinado uniforme cabe por ello que ceda si colisiona con un derecho al que deba atribuirse rango preponderante».

Para terminar, habiendo apuntado ya las implicaciones de otros derechos que se encuentran detrás de esta presunta desobediencia, cabe mencionar que el artículo 5 del C158 recoge una serie de motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre los que se encuentra la religión (letra *d*).

B. La «disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado»

Grosso modo, esta causa de despido disciplinario se refiere a los supuestos en los que el trabajador disminuye, en cantidad o calidad, la prestación debida¹². La jurisprudencia ha completado los requisitos que deben concurrir para que pueda ser apreciada, entre los que se encuentran los siguientes.

En primer lugar, debe determinarse el rendimiento normal que ha de compararse con el del trabajador sancionado. Dicho rendimiento puede tratarse del establecido por la negociación colectiva, o bien del estipulado en el contrato individual. También se admiten como criterios comparativos la costumbre (art. 3.1., letra *d*, ET) o el rendimiento logrado por otros trabajadores que realizan la misma actividad. En cualquier caso, siempre se exige que la comparación respecto del trabajo y período temporal comparados sea homogénea, de modo que no se seleccionen arbitrariamente los rendimientos o los

¹⁰ STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2004 [TOL 558.646].

¹¹ En este sentido, la STJUE sobre el asunto *C-157/15 (Achbita c. G4S Secure Solutions)*, de 14 de marzo de 2017 ha señalado que una norma interna de una empresa que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso no constituye una discriminación directa [TOL 5.986.6790].

¹² BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario”, en *Derecho del Trabajo* (CAMPOS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., Coord.), *op. cit.*, p. 488.

trabajadores¹³. Una vez determinado, debe constatarse que se trata de una disminución relevante y grave¹⁴.

En segundo lugar, la disminución en el rendimiento ha de ser prolongada¹⁵, excluyéndose así comportamientos ocasionales o no suficientemente reiterados. Y, en tercer lugar, el hecho de que sea voluntaria conlleva que le corresponde al empresario probar que se ha producido una disminución del rendimiento, mientras que el trabajador deberá demostrar que ésta se debe a causas ajenas a su voluntad¹⁶.

Pues bien, en el presente supuesto no se puede determinar que concurra el requisito de la voluntariedad. Si bien es cierto que el rendimiento de Laura en el trabajo ha disminuido, esto se debe a la situación que vive en el ámbito laboral. Recibe burlas, comentarios a sus espaldas y quejas por parte sus compañeros, lo que le ocasiona episodios de ansiedad que terminan convirtiéndose en una depresión aguda clínicamente diagnosticada. En este sentido, el Tribunal Supremo¹⁷ ha determinado que «la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades de un trabajador» no puede considerarse fundamento suficiente para despedirlo.

2. El derecho a la libertad religiosa

La Constitución Española, en su artículo 16.1, protege de manera conjunta «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades», otorgándoles el rango de derechos fundamentales. De este modo, se introducen en nuestro ordenamiento interno unos derechos que ya fueron reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 18, sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), por el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸ (art. 9) y que, posteriormente, también recogería la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹ (art. 10).

Profundizando en el derecho a la libertad religiosa, pues es el que interesa para la resolución del caso, alude a un «conjunto de creencias y prácticas, tanto individuales como sociales, relativas a lo sagrado, en general, y a lo trascendente o divino, en particular»²⁰. Por lo tanto, dichas creencias, dado a su naturaleza irracional y simbólica, no son susceptibles de ser reguladas por el Estado, especialmente cuando éste reconoce explícitamente su carácter aconfesional²¹, más allá de la creación de las medidas necesarias para preservar esta libertad.

¹³ STSJ de Madrid núm. 314/2007, de 17 de mayo [TOL 1.158.645].

¹⁴ STSJ de Canarias núm. 249/2007, de 2 de marzo [AS 2007\2275].

¹⁵ STSJ de Cataluña núm. 4021/2016, de 21 de junio [JUR 2016/187772].

¹⁶ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1432/2005, de 3 de noviembre [AS 2005\3329].

¹⁷ STS de 27 de enero de 2009 [RJ 2009\1048].

¹⁸ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979; en adelante, CEDH.

¹⁹ DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010; en adelante, CDFUE.

²⁰ PORRAS RAMÍREZ, J. M^a: “La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea”, en *Derecho de la libertad religiosa* (PORRAS RAMÍREZ, J. M^a, Coord.), ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 22.

²¹ Art. 16.3 CE («Ninguna confesión tendrá carácter estatal») y art. 1.3 LOLR (misma redacción).

En este sentido, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideran que el Estado sí podrá intervenir para proteger la elección individual que entraña este derecho en aquellos casos en los que ésta se vea alterada por la intervención de los poderes públicos o de terceros²², así como para asegurar el derecho de cada uno a exteriorizar sus creencias²³.

A pesar de que la Constitución no especifica cuáles son los derechos concretos que emanan de la libertad religiosa, sí lo hace Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, *de Libertad Religiosa*²⁴. En su artículo segundo se reconoce, entre otros, el derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que libremente elija (o ninguna); a cambiar de confesión o abandonar la que tenía; y a manifestar, si lo desea, sus propias creencias o la ausencia de las mismas.

A. Los límites de la libertad religiosa

Como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad religiosa no es absoluto, sino que está sujeto a una serie de límites²⁵. El propio artículo 16.1 CE establece que se podrá limitar de la manera «necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»; además, el artículo 3.1 LOLR dispone que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública (...)». En la misma línea, el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que «la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan 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».

De la regulación anterior se concluye que, para frenar las manifestaciones de este derecho, habrá que atender a si éstas perturban el ejercicio de las libertades ajenas o afectan al orden público. Por lo tanto, en palabras de PORRAS RAMÍREZ, «la cuestión de los límites se circunscribe a la libertad religiosa exteriorizada positivamente»²⁶. Ni la libertad interna, relativa a las propias creencias de cada uno, ni el derecho que tiene cada persona a no realizar declaraciones sobre su religión podrán ser objeto de limitación.

Desde el ámbito internacional, el TEDH ha consolidado la *doctrina del margen de apreciación*²⁷, por la se confiere potestad a las autoridades nacionales para limitar las

²² STC núm. 24/1982, de 13 de mayo [RTC 1982\24].

²³ STC núm. 141/2000, de 30 de junio [RTC 2000\141] y STEDH sobre el asunto *Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia*, de 13 de diciembre [TEDH 2001/859].

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

²⁵ STC núm. 159/1986, de 16 de diciembre [RTC 1986\159]. En esta STC se reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están sujetos a unos límites. Del mismo modo, estos tampoco son absolutos, en el sentido de que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo.

²⁶ PORRAS RAMÍREZ, J. M^a: “La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea”, en *Derecho de la libertad religiosa* (PORRAS RAMÍREZ, J. M^a, Coord.), *op. cit.*, p. 54.

²⁷ La aparición de esta doctrina tuvo lugar con la STEDH sobre *el asunto Kalaç contra Turquía*, de 1 de julio [TEDH 1997\42].

expresiones de este derecho, siempre y cuando concurren circunstancias que lo hagan necesario. Según esta doctrina, no constituiría un atentado desproporcionado contra el ejercicio del derecho a la libertad religiosa que una persona tuviese que quitarse un turbante o un velo antes de someterse a un control de seguridad²⁸, de modo que se permite la prohibición del empleo de vestuario de carácter religioso cuando se demuestre que influye en la seguridad pública. Así mismo, se podría prohibir en los centros educativos, puesto que en ellos «se enseñan y se aplican en la práctica los valores del pluralismo, del respeto de los derechos ajenos y la igualdad de los hombres y las mujeres ante la Ley», tal y como razona el TEDH en la Sentencia sobre el *asunto Leyla Sahin contra Turquía*²⁹.

Pues bien, una vez realizada esta contextualización sobre los límites del derecho a la libertad religiosa, se debe abordar la cuestión de qué sucede con la utilización de símbolos religiosos en el ámbito laboral. De este modo, se podrá determinar si Laura actuó conforme a derecho utilizando el velo islámico o si, por el contrario, se extralimitó en la manifestación de su religión.

B. El uso del velo islámico en los almacenes de ropa Maca, S.A.

Como se acaba de poner de relieve, el derecho a la libertad religiosa abarca tanto el hecho de tener convicciones religiosas como la libertad de los sujetos de manifestarlas públicamente. Uno de los modos de hacerlo es mediante la exhibición de símbolos religiosos, como sucede en este caso con la utilización del velo islámico por parte de Laura, quien decide incluirlo en su vestimenta para expresar su fe en la religión musulmana.

Esto que, *a priori*, podría parecer tan legítimo como la resolución de las personas que profesan la religión cristiana de portar colgantes con una cruz, también en alusión a sus creencias, termina por influir negativamente en la relación laboral de la trabajadora.

Como ésta se encuentra dentro del ámbito privado —recordemos que Laura era dependiente en una tienda de ropa—, el Estado no es el responsable directo de ella. Sin embargo, sí que está obligado a asegurar que las restricciones que se les puedan imponer a estos trabajadores por parte de sus responsables sean compatibles con la regulación vigente. Dichas restricciones podrían ampararse en el derecho a la libertad de empresa que se reconoce a los empresarios, por lo que estos disfrutan de un grado mayor de autonomía del que disfruta el sector público a la hora de formular su normativa con respecto al uso de atuendos y símbolos religiosos en el lugar de trabajo³⁰.

En este sentido, la importante Sentencia del TJUE sobre el *asunto Achbita c. G4S Secure Solutions*³¹ señala que «el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes tiene un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes, ya que dicho deseo está vinculado a la libertad de empresa (art. 16 CDFUE)». Por lo tanto, en aras de alcanzar este régimen de neutralidad

²⁸ *Asunto Phull contra Francia* (dec.) (núm. 35753/03, TEDH 2005-1).

²⁹ STEDH sobre el *asunto Leyla Çahin contra Turquía*, de 29 de junio [TEDH 2004/46].

³⁰ EVANS, MALCOM D.: *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, ed. Laocoonte, Pamplona, 2010, pp. 144-145.

³¹ STJUE sobre el *asunto C-157/15 (Achbita c. G4S Secure Solutions)*, de 14 de marzo, *vid. op.*

de una forma congruente, Maca, S.A. podría adoptar una norma interna que prohibiese el uso de signos religiosos visibles a todos sus empleados.

Ahora bien, los antecedentes de hecho del supuesto no permiten concluir que fuese éste el motivo en el que se basó la empresa para tomar la decisión de despedir a Laura. Por el contrario, sí se puede determinar que a Maca, S.A. no le importa no mostrar una imagen neutral ante su clientela, en lo que a términos de religión se refiere, en base a dos motivos. En primer lugar, no existe una normativa interna en el seno de la empresa por la que se prohíba la utilización de símbolos religiosos en el lugar de trabajo, ya que, de ser así, tampoco se permitiría la exhibición de colgantes con la cruz cristiana que manifiesten la adhesión a esta religión. En segundo lugar, las explicaciones aportadas por la sociedad se basan únicamente en que la política de la compañía prohíbe cualquier tipo de indumentaria que no forme parte del uniforme.

Por lo que respecta a este segundo motivo, está claro que la libertad de empresa sí comprende el derecho a la imposición de uniforme a los trabajadores, con el fin de trasladar una determinada imagen corporativa³². No obstante, como ya fue señalado cuando se abordó la cuestión de la indisciplina de Laura, su decisión de acudir al lugar de trabajo llevando el velo islámico, además del uniforme reglamentario, no se basa en una moda o gusto estético, sino que se trata de una expresión de su libertad religiosa, protegida en los textos normativos señalados anteriormente. Pues bien, como razona el Tribunal Constitucional, «un cambio puramente fáctico –el de las ideas, o creencias religiosas del trabajador– en cuanto que manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, no puede provocar la modificación del contrato de trabajo suscrito»³³.

En una situación así, tal y como consideró el TEDH en su Sentencia sobre el *asunto Eweida y otros c. Reino Unido*,³⁴ «la mejor aproximación sería sopesar en el balance total si la restricción era proporcionada o no».

En consecuencia, la decisión de privar a Laura de la posibilidad de manifestar su religión —que sí se permite a otros trabajadores— no es proporcional a la finalidad buscada por Maca, S.A. Dicha finalidad obedece al deseo de homogeneizar el vestuario de sus empleados, lo que resulta legítimo al amparo de la libertad de empresa y del poder de dirección del empresario. Sin embargo, su política interna no prohíbe la utilización de símbolos religiosos en general, ni tampoco consta que la utilización del *hiyab* por parte de esta empleada haya supuesto algún tipo de perjuicio para la imagen de la empresa o interfiera con los límites inherentes del derecho a la libertad religiosa.

En el panorama nacional, la Sentencia núm. 31/2017 del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca³⁵ ha resuelto un conflicto similar, en el que la trabajadora de un aeropuerto fue despedida de su puesto de trabajo por comenzar a llevar el velo islámico, además de su uniforme. Como su empresa tampoco había adoptado una política de neutralidad religiosa, se le dio la razón a la empleada, por existir una vulneración en su derecho a la libertad religiosa. Finalmente, la empresa fue condenada al cese inmediato de la actuación contraria a dicho derecho fundamental y a la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión. Además, también tuvo que restituir las retribuciones que

³² A modo de ejemplo, STSJ de Andalucía núm. 3333/2001, de 13 de noviembre [JUR 2002\53716].

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

³⁴ STEDH sobre el *asunto Eweida y otros contra Reino Unido*, de 15 de enero [TEDH 2013\12].

³⁵ Sentencia núm. 31/2017 del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, de 6 de febrero [AS\2017\8].

la trabajadora había dejado de percibir y abonarle una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Por lo tanto, al hilo de la argumentación y a la vista de este precedente, debe concluirse que Laura ha sufrido una lesión en su derecho fundamental a la libertad religiosa. Además, el hecho de que se permita a los demás trabajadores la exhibición pública de otros símbolos religiosos, y a Laura no, podría suponer una vulneración de su derecho a la no discriminación, lo que será analizado a continuación.

3. El reconocimiento constitucional de los derechos a la igualdad y a la no discriminación

El artículo 14 de la Constitución Española establece que «los españoles son iguales ante la ley³⁶, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». De este modo se reconoce como derecho subjetivo la igualdad, que es, a su vez, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), y que sirve de principio inspirador para los demás derechos fundamentales contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. Cabe mencionar que es uno de los preceptos que gozan de la protección reforzada del artículo 53.2 CE, por la que los ciudadanos podrán recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional la presunta violación de alguno de los derechos que en él se contienen.

Así mismo, en materia de igualdad, resulta relevante el artículo 9.2 CE, que atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (...)».

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo sobre el concepto jurídico de igualdad, es preciso señalar la temprana aportación llevada a cabo por ROUSSEAU³⁷ en el siglo XVIII, quien sentó las bases para la futura distinción doctrinal entre *igualdad formal* e *igualdad material*. La primera supone lograr una igualdad efectiva para todos los sujetos, eliminando las desigualdades dentro de las leyes y en su aplicación; por su parte, la igualdad material se equipara a la igualdad de oportunidades, en el sentido de que es necesario que las normas contemplen determinadas variables para que la igualdad pueda ser real en todos los casos. Lógicamente, para determinar las diferencias relevantes que pueden justificar, *a priori*, un trato desigual sin que se vea afectado el derecho a la igualdad, hay que observar una serie de principios, como son el de proporcionalidad, objetividad y congruencia, entre otros.

Pues bien, una vez realizada una aproximación acerca del derecho a la igualdad, para dar respuesta al conflicto entre Laura y los almacenes de ropa Maca, S.A., es de gran importancia tener en cuenta el segundo de los derechos que contiene el artículo 14 CE: el

³⁶ En base al artículo 13 CE, la titularidad de los derechos contenidos en el artículo 14 CE debe entenderse extendida también a las personas extranjeras titulares de derechos fundamentales.

³⁷ ROUSSEAU, J.J.: *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, trad. Melitón Bustamante Ortiz, 4ª ed., Ediciones Península, Barcelona, 1981. (Texto original: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1775).

En esta obra, ROUSSEAU, escribió acerca de las diferencias existentes entre otorgar un trato igualitario en la Ley y el lograr una igualdad real que supere una serie de desigualdades naturales.

derecho a no sufrir discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Dicho artículo contiene una lista *numerus apertus*³⁸ de diferencias sociales que históricamente han suscitado motivos de discriminación y «que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»³⁹

En palabras de RODRÍGUEZ RUIZ, «si el derecho a la igualdad se traduce en el derecho a no sufrir trato diferenciado peyorativo sin justificación objetiva razonable, el derecho a no sufrir discriminación añade a lo anterior una dimensión social o colectiva, al prohibir todo trato peyorativo e injustificado de que una persona pueda ser objeto, no ya a título individual, sino por su pertenencia a un determinado colectivo social»⁴⁰.

A pesar de la dificultad que puede suponer en ocasiones desligar el derecho de igualdad del de no discriminación, provocada, en parte, por su regulación conjunta en el mismo precepto constitucional, debemos tener en cuenta el espacio propio que se ha otorgado a este último en una serie de textos internacionales que proclaman derechos humanos y que han sido ratificados por España.

Por ejemplo, el CEDH recoge, en su artículo 14, la prohibición de discriminación, al señalar que «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». Así mismo, el artículo 1 del Protocolo número 12 al CEDH extiende dicha prohibición, al establecer que «el goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna». Es decir, se refiere al goce de cualquier derecho que la legislación interna del Estado signatario reconozca a las partes y no solo a los del Convenio.

Retomando el asunto de la distinción entre igualdad y no discriminación, la jurisprudencia española no ha sido siempre clara ni ha aportado una solución unánime al respecto. Sin embargo, cabe señalar la STC núm. 128/1987⁴¹, en la que el Tribunal Constitucional reconoce autonomía al concepto de discriminación respecto del de igualdad.

En definitiva, este derecho prohíbe, por una parte, cualquier actuación de los Poderes Públicos que pueda generar una situación de discriminación, tanto directa como indirecta. La primera de ellas tendría lugar cuando dos personas se encuentran en una situación equiparable, pero se decide otorgar un trato peyorativo a una de ellas respecto de la otra por incurrir en alguna de las causas enumeradas en el art. 14 CE. En cambio, la

³⁸ La jurisprudencia y la legislación han ampliado esta lista de diferencias. Por ejemplo, una persona tampoco podrá ser discriminada por razón de su nacionalidad (STC núm. 137/2000, de 29 de mayo), ni por su orientación sexual o edad, entre otras causas (art. 17 ET; Ley 62/2003, de 30 de diciembre).

³⁹ STC núm. 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987\128].

⁴⁰ RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA: *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. Un recorrido jurisprudencial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 66.

⁴¹ STC núm. 128/1987, *op. cit.* En esta Sentencia, el TC desestima el recurso de amparo de un trabajador que alegaba discriminación por razón de sexo al no percibir una cantidad mensual, en concepto de guardería, del Instituto Nacional de la Salud, que se reconocía a todas las mujeres trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de 6 años. Por su parte, para que los hombres pudiesen acceder a ella, además de tener hijos de esa edad, debían ser viudos.

En su razonamiento jurídico, el Tribunal aceptó la existencia de diferencias de trato que tengan por finalidad acabar con la situación de inferioridad o de marginación en la que se encuentra un colectivo concreto.

discriminación indirecta surge cuando, al aplicar una norma que en apariencia es neutra, se producen en realidad resultados no deseados para alguno de los colectivos incluidos en ellas por la inobservancia de las diferencias existentes entre ellos.

Por otra parte, la prohibición de discriminación también debe ser respetada desde el ámbito de la sociedad civil, en especial, desde el punto de vista de las relaciones entre personas privadas. Recuerda el TC, en su Sentencia núm. 108/1989⁴², que estas últimas también están obligadas a no infligir discriminación, directa o indirecta, a persona alguna, puesto que también se encuentran vinculadas a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE). Esto supone una diferencia respecto del derecho a la igualdad, que solo obliga a los entes públicos, y no a los privados⁴³.

Por lo tanto, la discriminación que tiene lugar en el ámbito laboral, normalmente producida bajo el contexto de una relación de poder, también estaría atentando contra este derecho, idea que será desarrollada a continuación con mayor detalle.

A. El derecho a la no discriminación en el empleo privado

Dejando a un lado la protección constitucional, el derecho a la no discriminación es uno de los derechos básicos de los trabajadores, tal y como lo señalan varios textos normativos.

Por una parte, el artículo 4.2, letra c, del Estatuto de los Trabajadores establece que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español». El desarrollo de este derecho se lleva a cabo en el artículo 17, en el que el legislador ha vuelto a señalar las distintas formas de producir un trato discriminatorio, así como la consecuencia jurídica de nulidad de los hechos, medidas o normas que lo hayan amparado⁴⁴.

Cabe mencionar que la regulación mencionada surgió a raíz de las modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*⁴⁵, en la que se recogen una serie de actuaciones para alcanzar la igualdad de trato y combatir la discriminación en diversos ámbitos, entre los que se incluye el laboral. Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* trataría la discriminación existente en el ámbito laboral hacia las mujeres respecto de los hombres⁴⁶.

Así mismo, es conveniente señalar que el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el*

⁴² STC núm. 108/1989, de 8 de junio [RTC 1989\108].

⁴³ STC núm. 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984\34].

⁴⁴ TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA: *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 151.

⁴⁵ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

⁴⁶ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. Lo que se pretende mediante las medidas introducidas por esta ley es dotar de mayor realismo al artículo 35.1 CE, que ya prohibía la discriminación en el ámbito laboral por razón de sexo.

*Orden Social*⁴⁷ se encarga de determinar las infracciones concretas a las que puede dar lugar la discriminación y sus correspondientes sanciones. En este sentido, el artículo 8, apartado 12, tipifica como sanción muy grave las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por circunstancias religiosas, entre otras.

Por otra parte, desde el ámbito comunitario también se han establecido medidas para hacer frente a la discriminación en el ámbito laboral⁴⁸, las cuales han sido traspuestas a nuestro ordenamiento interno a través de la legislación señalada anteriormente. Algunas de ellas las encontramos en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, *sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*⁴⁹, así como en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*⁵⁰, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

En virtud del artículo 2.2 de esta última Directiva, enfocada al ámbito del empleo, existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de forma menos favorable que otra en una situación análoga por alguno de los motivos mencionados anteriormente.

Además, cabe llamar la atención acerca de la excepción contenida en su artículo 4.1, según el cual «los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato prohibida por la Directiva no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de una actividad profesional o al contexto en que ésta se lleve a cabo, la característica de que se trate constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Por último, el artículo 1.1 del Convenio 111⁵¹ de la OIT, sobre la discriminación, define el trato discriminatorio como «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión pública, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».

Por lo tanto, de los hechos probados del caso que se nos presenta, puede constatarse que Laura ha sido víctima de discriminación, ya que, en una situación análoga respecto a la de sus compañeros —utilización de símbolos religiosos en el lugar de trabajo—, se trata de la única trabajadora que sufrió una suerte de persecución para que cesase en su uso, siendo despedida, finalmente, por ello. Además, no puede entenderse que una característica vinculada en particular a la religión musulmana constituya un requisito profesional y determinante para el desempeño de la actividad laboral en unos almacenes de ropa, por lo que la decisión tomada por Maca, S.A. tampoco podría ampararse en la excepción contemplada en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE.

⁴⁷ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000; en adelante, LISOS.

⁴⁸ El artículo 19 del TFUE otorga a la Unión Europea la competencia para el tratamiento de la cuestión discriminatoria relacionada con el género, la etnia, la religión, convicciones, discapacidad y orientación sexual.

⁴⁹ DOUE núm. L 180, de 19 de julio de 2000.

⁵⁰ DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁵¹ BOE núm. 291, de 4 de diciembre de 1968.

B. Breves consideraciones acerca del artículo 314 del Código Penal

Además de las infracciones y sanciones que recogen la LISOS y el ET en materia de discriminación en el ámbito laboral, también se ha tipificado esta conducta a través del artículo 314 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*⁵². Dicho precepto castiga «a los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias», entre otras causas, «y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

El bien jurídico protegido es el valor «no ser discriminado», tanto del individuo concreto como del colectivo al que pertenece. Tal y como señaló TAPIA BALLESTEROS⁵³, esto se entiende por el carácter social de la discriminación, ya que el trato perjudicial que sufre uno de los miembros del colectivo repercute en la posición de marginación en la que se encuentran todos ellos, facilitando la normalización del status de inferioridad de toda la minoría. Por consiguiente, el sujeto pasivo sería el trabajador que sufre el trato discriminatorio, pero también el grupo al que pertenece.

No obstante, para que la conducta discriminatoria sea punible, es necesario que los hechos hayan sido valorados previamente una jurisdicción extrapenal, aplicando el ordenamiento jurídico laboral privado⁵⁴.

En este caso no consta que se haya producido un previo requerimiento por parte de Laura, por lo que no se cumplirían todos los requisitos para que el art. 314 CP resultase de aplicación. Por consiguiente, no es relevante para la resolución del supuesto analizar pormenorizadamente el contenido de este tipo penal, pero sí cabe llamar la atención sobre la importancia que tiene para el legislador la discriminación en el ámbito laboral, ya que se ha elevado esta conducta hasta el nivel de delito.

4. La calificación judicial del despido

Una vez analizados los motivos por los que la sociedad extingue el contrato laboral de Laura, así como la interferencia que tiene esta decisión con los derechos a la libertad religiosa y a la no discriminación de la trabajadora, es hora de comentar la calificación judicial que recibiría el despido en este caso. La razón por la que se aborda este asunto se encuentra en los antecedentes de hecho del caso, en donde se señala que Laura está determinada a «emprender acciones legales contra la empresa Maca, S.A., alegando despido improcedente por razones de discriminación religiosa».

⁵² BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante, CP.

⁵³ TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA: *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, op. cit., p. 209.

⁵⁴ Si el sujeto discriminado fuese un funcionario público, sería la Administración la que se tendría que encargar de valorar los hechos alegados.

Para comenzar, cabe señalar que los artículos 59.3 ET y 103.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*⁵⁵ facultan al trabajador para ejercitar la acción de despido ante la jurisdicción social y, de este modo, impugnar la resolución del contrato de trabajo por despido disciplinario. Para ello, cuenta con un plazo de caducidad de 20 días desde el día siguiente a aquel en el que ésta se hubiera producido. A raíz de esta impugnación, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo (arts. 55.3 ET y 108.1 LJS).

A. Despido improcedente

De las alegaciones realizadas por Laura se deduce que lo que pretende, mediante el ejercicio de acciones legales, es que la extinción de su contrato sea declarada como improcedente. En virtud de los artículos 55.4 ET y 108.1 LRJS, el despido será calificado de este modo cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación, o bien cuando se incumplan los requisitos formales previstos en el artículo 55.1⁵⁶ ET.

Por lo que respecta al incumplimiento de estos requisitos, no hay ningún indicio que permita inferir que Maca, S.A. ha actuado con la diligencia debida en este sentido, de modo que no es pertinente contemplar esta modalidad de despido improcedente.

Sin embargo, tal y como se puso de manifiesto a partir del análisis de los motivos alegados por parte de la empresa para despedir a Laura –falta de disciplina y bajo rendimiento–, no ha sido probado que realmente concurren estas razones sin una justa causa para ello.

Por lo tanto, si el Juez lo entendiese del mismo modo, el despido sería declarado improcedente y el empresario tendría que elegir entre readmitir al trabajador, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien abonarle una indemnización (arts. 56.1 ET y 110.1 LRJS). En el caso de que Maca, S.A. optase por la readmisión de Laura, según el artículo 56.2 ET, también tendría que abonarle los salarios de tramitación, que «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». En caso contrario, la relación laboral se extinguiría definitivamente y la trabajadora tendría derecho a una indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, con el tope de veinticuatro mensualidades (art. 56.1 ET).

B. Despido nulo

No obstante lo anterior, el despido de Laura no debería ser declarado como improcedente, sino como nulo. Los artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS señalan que «será nulo el despido

⁵⁵ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011; en adelante, LRJS.

⁵⁶ «El despido debe ser notificado por escrito al trabajador, «haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto. Así mismo, deben cumplirse también las posibles formalidades pactadas en convenio colectivo».

que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»⁵⁷. En ambos casos, tal y como lo prevé el art. 96.1 LRJS, al demandante le corresponde probar los indicios de discriminación o vulneración de sus derechos, mientras que el empresario debe justificar las medidas adoptadas y su proporcionalidad, trasladándose, así, la carga de la prueba.

La declaración de un despido como nulo implica la condena judicial a la «inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir» (art. 113 LRJS), así como la eventual indemnización de los daños causados, incluidos los morales (art. 183 LRJS). Como puede apreciarse, conlleva para el trabajador unos efectos más favorables que la calificación de despido improcedente, con la finalidad de reparar las lesiones sufridas.

En este caso, como ya se ha puesto de manifiesto, no cabe duda de que Laura ha sido víctima de una discriminación por razones religiosas. Además, su derecho fundamental a la libertad religiosa se ha visto afectado. Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 204/2016⁵⁸, «ante una pretensión de nulidad de una decisión empresarial por alegada vulneración de derechos fundamentales o de libertades públicas el pronunciamiento judicial sobre dicha vulneración debe ser previo a cualquier otro», dado que «la protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal»⁵⁹.

5. Conclusiones

A la luz de la argumentación realizada, se puede concluir que Laura cuenta con base jurídica suficiente para interponer una demanda contra Maca, S.A. por la extinción injustificada de su relación laboral. De manera sintética, los principales motivos sobre los que dicha base se sustenta son los siguientes:

- i. La decisión de la trabajadora de utilizar el velo islámico durante su actividad laboral es legítima. Se trata de una manifestación de sus creencias religiosas amparada bajo el derecho fundamental a la libertad religiosa (artículo 16 CE), la cual no sobrepasa los límites inherentes de este derecho ni provoca algún tipo de perjuicio a la empresa.
- ii. No consta que la sociedad en cuestión se rija por una política interna de neutralidad religiosa, ya que otros trabajadores sí pueden exhibir símbolos de esta naturaleza. Por lo tanto, se está vulnerando el derecho de Laura a la no

⁵⁷ A modo de ejemplo, señalar la STSJ de la Comunidad Valenciana nº 2497/2007, de 5 de julio [TOL 1.179.019]. En este caso, una trabajadora dio luz a un niño y, tras disfrutar de la suspensión del contrato por maternidad, se benefició de una excedencia para cuidar a su hijo. Después de reincorporarse a la empresa, fue despedida, y el TSJ concluye que se trata de un despido nulo por discriminación por razón de sexo.

En la redacción actual del ET ya se contemplan en el artículo 55.5 supuestos de despidos nulos relativos a los períodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, entre otros.

⁵⁸ STS núm. 204/2016, de 16 de marzo [RJ 2016\1618].

⁵⁹ STS núm. 5658/2014, de 16 de diciembre [ECLI: ES:TS:2014:5658].

discriminación por motivos religiosos, contemplado en los artículos 14 CE y 4.2 ET.

- iii. No se puede entender que los motivos alegados por la empresa para proceder con el cese de la actividad laboral de Laura sean conformes a Derecho. Tras la presunta indisciplina y disminución del rendimiento de la trabajadora, se esconden razones que provocan la lesión de los derechos anteriormente mencionados, por lo que el despido debería ser impugnado en aras de que sea calificado judicialmente como nulo.

III. Oportunidad jurídica de la demanda por daños y perjuicios psicológicos

Además de interponer una demanda por despido injustificado, Laura también decide emprender acciones legales contra Maca, S.A. por los daños y perjuicios psicológicos sufridos como consecuencia, en parte, del trato vejatorio al que se ha visto sometida. Se recuerda que, tal y como consta en los antecedentes de hecho, tras acudir al lugar del trabajo portando el velo islámico, esta empleada se convirtió en objeto de burla y hostigamiento para sus compañeros. Estos episodios que comenzaron provocándole ataques de ansiedad, terminaron por dañar de manera severa su salud mental.

En las siguientes páginas se proporcionará el tratamiento jurídico adecuado a esta situación, enfocándola desde diversos puntos de vista, en aras de dotar de contenido suficiente la demanda que desea interponer la trabajadora.

1. El acoso moral en el ámbito laboral

Para comenzar con el análisis de este fenómeno –también denominado *mobbing*⁶⁰– resulta necesario hacer referencia a la Directiva 2000/78 CE, que introdujo en el ámbito comunitario la noción de «acoso», relacionada con el derecho a la no discriminación. Como ya se señaló anteriormente, su transposición al ordenamiento nacional se llevó a cabo a través de la Ley 63/2003, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, en cuyo artículo 28 se define el acoso 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». Así mismo, la Ley Orgánica 3/007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, amplió la anterior definición para abarcar también el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Todo esto explica la redacción actual del artículo 4.2, letra *e*, del Estatuto de los Trabajadores, que establece que los trabajadores tendrán derecho en la relación de trabajo

⁶⁰ La expansión de la expresión *mobbing* para hacer referencia al acoso moral sufrido en el trabajo se debe a los estudios desarrollados por el psiquiatra alemán H. LEYMANN. De entre sus obras más relevantes cabe destacar *Mobbing. La persécution au travail*, ed. Seul, París, 1996.

al «respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

Pues bien, a pesar de que en nuestro derecho positivo no se puede encontrar una definición exacta y universal del *mobbing*, en el sentido de que la normativa laboral lo vincula a determinados factores discriminatorios, tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado una serie de caracteres que permiten definirlo como el «ataque a la dignidad del trabajador que crea un entorno intimidatorio, hostil o humillante»⁶¹.

A. Elementos configuradores del *mobbing*

Ahora bien, ¿cuáles son los caracteres que permiten detectar que realmente se está produciendo una situación de acoso laboral? Con la finalidad de determinar si Laura ha sido víctima de *mobbing*, resulta necesario identificarlos.

Tal y como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶², esta conducta consta de un elemento objetivo: el comportamiento físico o verbal –manifestado en actos, gestos o palabras– efectuado tanto por el empresario como por los propios trabajadores.

En primer lugar, dicho comportamiento, que en este caso ha sido verbal, tiene que «constituir una forma de menosprecio de la persona, indeseable por parte de su destinatario, y de naturaleza injusta, en el sentido de que el sujeto pasivo no está obligado a soportar esa conducta». No cabe duda de que ha sido así para Laura, ya que de ningún modo se puede entender que estuviese obligada a tolerar el menosprecio del que fue víctima por parte de sus compañeros.

En segundo lugar, debe revestir tal gravedad que pueda «percibirse con arreglo a parámetros socialmente establecidos, siendo en este punto de interés resaltar la necesidad de diferenciar entre la vivencia psicológica subjetiva del acoso que pueda experimentar una persona y la existencia objetiva y real del mismo». Tampoco suscita incertidumbre alguna el hecho de que el acoso sufrido por esta trabajadora haya sido real, pues ha terminado por afectar a su salud mental, lo que ha sido acreditado médicamente.

Por último, se requiere que la agresión sea persistente en el tiempo, «descartando los actos puramente ocasionales o sin entidad para revelar un determinado propósito». Sin embargo, la jurisprudencia⁶³ ha apuntado que «la situación de acoso puede comenzar y constituir la misma desde el inicio, causando ya desde ese mismo momento daño al trabajador», así como que «debe tenerse en cuenta que no todas las personas soportan o resisten de igual manera situaciones como la que nos ocupa, de modo que en algunos casos sea imposible que el acoso se prolongue porque en un determinado momento el trabajador termina por rendirse o caer enfermo». Por consiguiente, de los hechos del caso

⁶¹ RIESGO IGLESIAS, JOSÉ MANUEL: “Acoso moral en el trabajo”, en *Cátedra Jorge Juan*, Curso 2007-2008, A Coruña, 2010, p. 55.

⁶² STSJ de Madrid nº 469/2011, de 4 de julio [ROJ 9338/11].

⁶³ STSJ del País Vasco nº 1599/2005, de 25 de enero [TOL 599.442].

se concluye que Laura fue víctima de acoso por parte del resto de empleados desde que comenzó a acudir a Maca, S.A. haciendo uso del *hiyab* hasta que fue despedida.

Una vez analizado el elemento objetivo del *mobbing*, cabe mencionar que gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que también es necesario que el hostigamiento tuviera por finalidad la destrucción de la víctima y, en último término, la expulsión de la empresa; es decir, la presencia de un elemento subjetivo. No obstante, el concepto de acoso asentado en nuestra legislación no hace referencia a la intencionalidad de causar un daño, sino que lo determinante es que las conductas atenten contra la dignidad del trabajador o creen un entorno humillante y ofensivo, pudiendo llegar a vulnerarse, de este modo, el derecho a la integridad moral de la víctima.

En consecuencia, para resolver que Laura ha sido víctima de *mobbing* no es necesario analizar la intención escondida detrás de los actos de sus compañeros, ya que, tal y como señala el Tribunal Constitucional, «la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo (...) bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma»⁶⁴.

B. La conexión con la dignidad de la persona y la integridad moral

Como ya se ha señalado, el *mobbing* atenta directamente contra la dignidad de la persona, «fundamento del orden político y de la paz social»⁶⁵. Por una parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado su relevancia en diversas ocasiones, puesto que se trata de «un valor superior del ordenamiento jurídico que se contiene en el art. 10.1 CE como pósito de los demás valores o principios allí consagrados»⁶⁶, inherente a la persona. Por otra parte, desde el ámbito de la doctrina jurídica, DÍAZ PITA la interpreta como la libertad «de configurar, de forma voluntaria, los pensamientos, las ideas o los sentimientos, sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad»⁶⁷.

Por lo tanto, no resulta erróneo inferir que la dignidad es la base de los derechos fundamentales y del sistema de libertades y garantías reconocidos por la Constitución Española. Sin embargo, la razón por la que se realizan estas apreciaciones ahora y no cuando se abordó, por ejemplo, la cuestión relativa al derecho a la no discriminación, no es arbitraria, sino que obedece a la estrecha relación que existe entre este valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y el derecho fundamental a la integridad moral⁶⁸, el cual también se ve lesionado por la situación de acoso.

⁶⁴ STC nº 11/1998, de 13 de enero [RTC 1998\11].

⁶⁵ Artículo 10 CE: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

⁶⁶ Por ejemplo, STC nº 337/1994, de 23 de diciembre [RTC 1994\337].

⁶⁷ DÍAZ PITA, M^a del MAR.: “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentados contra la integridad moral”, en Estudios Penales y Criminología, Vol. XX, 1997, p. 59.

⁶⁸ Artículo 15 CE: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)».

En este sentido, LAFONT NICUESA determina que «sobre la base de la dignidad, la integridad moral refuerza su contenido autónomo en torno a la proscripción de la humillación», de modo que «existe una mayor vinculación de la dignidad con la integridad moral que con el resto de derechos, no siendo simplemente un principio inspirador»⁶⁹. Así mismo, la STS nº 2849/2000⁷⁰ razona que la integridad moral es una manifestación directa de la dignidad humana y que «comprende tanto las facetas de la personalidad como las de identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano».

Pues bien, relacionando estas consideraciones con la situación vivida por Laura, se concluye que su derecho fundamental a la integridad moral ha sido menoscabado como consecuencia del trato vejatorio al que se vio sometida. Como esta lesión se produjo en el marco de una relación de trabajo, cabe plantearse si el empresario ha actuado diligentemente haciendo todo lo posible para preservar la salud de la trabajadora, o si, por el contrario, ha desatendido la obligación que será analizada a continuación.

C. La obligación del empresario de proteger la salud del trabajador

En virtud del artículo 14.1 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales*⁷¹, se reconoce a los trabajadores el «derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo»⁷², también establecido en el artículo 19.1 ET. Consecuentemente, el empresario tiene el «deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales», el cual recae sobre «todos los aspectos relacionados con el trabajo». En este sentido, constituye una obligación para el empleador la prevención de todas las conductas nocivas, dentro del ámbito de la empresa, que puedan ocasionar un daño a la salud –tanto física como psíquica– del trabajador, entre las que se incluye el *mobbing*⁷³.

En otras palabras, el empresario está obligado a efectuar una evaluación de los riesgos del acoso moral y a adoptar las medidas preventivas procedentes para lograr un entorno laboral adecuado. En este sentido, el art. 14.2 LPRL establece que «el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores».

⁶⁹ LAFONT NICUESA, LUIS: *El delito de acoso moral en el trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 102-103.

⁷⁰ STS nº 2849/2000, de 6 de abril [ECLI: ES:TS:2000:2849].

⁷¹ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995; en adelante, LPRL. Introduce en nuestro ordenamiento interno el contenido de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo* (DOUE núm. L 183, de 29 de junio de 1989).

⁷² La inclusión de este derecho materializa el mandato hecho a los poderes públicos de velar por la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE), en conexión con el derecho de todos los ciudadanos a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

⁷³ Entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana nº 618/2016, de 9 de marzo [TOL 5.742.024] reconoce la relación existente entre el *mobbing* y la infracción del deber de proteger la salud del trabajador.

La evaluación inicial del riesgo constituye el primer paso de la actividad preventiva, integrándose en el plan de prevención de riesgos, en el que se fijará la estructura, responsabilidades, funciones, prácticas y procedimientos previstos para realizar la acción de prevención. Conforme al art. 16.2 LPRL, el empleador deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos que se aprecian para cada trabajador, teniendo en cuenta «la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos». Por una parte, si de dicha evaluación resultan situaciones de riesgos para el trabajador, el empresario llevará a término las actividades preventivas necesarias para eliminar, reducir o controlar tales riesgos (art. 16.2, letra *b*); por otra parte, si ya se ha producido un daño para la salud de los trabajadores, o han aparecido indicios de que las medidas de prevención resultaron insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos (art. 16.3).

Pues bien, del relato fáctico no se puede concluir que Maca, S.A. haya llevado un seguimiento adecuado de la situación de Laura. No consta ningún dato que permita saber si se han evaluado los riesgos que comportaba su puesto de trabajo, ni tampoco que se haya intentado averiguar si la utilización del velo islámico estaba provocando algún tipo de reacción no deseada por parte de sus compañeros de trabajo. Dado que la sociedad no se interesó en ningún momento por conocer el riesgo psicosocial existente para la salud mental de Laura, ha incumplido la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

2. La tutela frente al acoso moral y el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales

Tras haber analizado y calificado jurídicamente la situación de acoso vivida por Laura, se procederá a examinar las posibles vías de impugnación de esta clase de conductas. Así mismo, se profundizará en el estudio de las consecuencias que derivan de la falta de diligencia de Maca, S.A. respecto de la prevención de riesgos laborales. Todo ello servirá, en definitiva, para sustentar la oportunidad de la demanda por daños y perjuicios psicológicos.

A. Sanciones administrativas desde el ordenamiento jurídico-laboral

Si se tiene en cuenta que en los casos de *mobbing* se ve afectado un derecho fundamental –la integridad moral–, no resulta extraño que haya un intervencionismo por parte de los Poderes Públicos para tratar de reprimir esos comportamientos en el seno de la empresa.

En este sentido, el artículo 8.13 *bis* LISOS tipifica como infracción muy grave «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro el ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las

medidas necesarias para impedirlo». Así mismo, el apartado 11 del citado artículo sanciona del mismo modo «los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores».

Sin embargo, como ya se señaló anteriormente, en el presente caso no consta que el empresario conociese la situación de acoso por razón de religión vivida por Laura⁷⁴, ni tampoco que los actos de Maca, S.A. fuesen expresamente contrarios a la dignidad de la trabajadora –aunque podría llegar a interpretarse de este modo si se considerase como atentatoria la decisión de despedirla por manifestar su religión–.

Realizadas estas apreciaciones, cabe llamar la atención sobre las infracciones que contempla la LISOS en materia de prevención de riesgos laborales⁷⁵. Por ejemplo, el artículo 12.1 señala como infracción grave el incumplimiento de «la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales». En la misma línea, el apartado segundo de dicho artículo señala que «no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales» también recibirá la calificación de infracción grave.

Las sanciones para dichas infracciones se contemplan en el artículo 39 LISOS, y son, principalmente, de carácter económico.

Aún sin tener datos suficientes para determinar la procedencia de una concreta sanción, sí que se ha constatado una falta de diligencia por parte de Maca, S.A. en materia de prevención de riesgos laborales, puesto que se podría haber evitado la lesión en la salud psíquica de Laura.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la imposición de una sanción de esta naturaleza supone la imposibilidad posterior de acudir a la vía penal por aplicación del *non bis in idem*, tal y como han señalado el Tribunal Constitucional⁷⁶ y el artículo 3.1 LISOS⁷⁷. Sin embargo, en virtud del artículo 42.3 LPRL, «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema».

⁷⁴ Aun así, cabe mencionar que el empresario es responsable de las actuaciones causadas por sus empleados (art. 1903 Código Civil), por lo que podría acudir a esta vía para hacerlo responsable de los perjuicios que estos hubiesen causado, sin importar que fuese, o no, conocedor de ellos.

⁷⁵ En virtud del artículo 4.3 LISOS, las infracciones sobre esta materia prescribirán al año las leves, a los tres años las graves, y a los cinco las muy graves.

⁷⁶ Por todas, STC nº 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983\77]. El TC argumenta que el *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos.

⁷⁷ «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento».

B. La calificación de la depresión aguda de Laura como un accidente de trabajo

El artículo 156.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*⁷⁸ establece que «se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena». Sin perjuicio de la referencia expresa a una «lesión corporal», el apartado 2 del mismo artículo matiza la anterior definición al señalar que tendrán la consideración de accidentes de trabajo «las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente⁷⁹, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de un trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». Así mismo, el punto 3 dispone que «se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo». Cabe mencionar que la determinación de esta contingencia profesional es relevante por la prestación económica a la que puede tener derecho el trabajador afectado, así como por la declaración de situación de incapacidad temporal, o permanente, a la que ésta puede dar lugar.

La jurisprudencia ha interpretado dichos preceptos y ha llegado a calificar como accidente de trabajo las dolencias psíquicas acaecidas a raíz de la situación de acoso moral, siempre que se pruebe la conexión directa entre éstas y la realización de la actividad laboral. Un ejemplo de esta interpretación lo encontramos en la STS de 4 de diciembre de 2014⁸⁰, que argumenta «que son las consecuencias dañosas para la salud psíquica derivadas de una conflictividad laboral las que constituyen el hecho causante de la prestación y no el problema laboral en sí mismo; y dichas consecuencias dañosas han de ser constatadas en su realidad y seriedad, y han de atribuirse exclusivamente al ámbito laboral».

Como ya se ha razonado, la depresión aguda que sufre Laura es consecuencia de toda la situación laboral vivida –acoso laboral, prohibición de manifestar su religión, despido–, de modo que, a la luz de la presente argumentación, puede determinarse que esta trabajadora tiene derecho a la prestación económica⁸¹ derivada de dicha contingencia profesional.

Para finalizar, cabe mencionar que el artículo 164.3 LGSS establece la compatibilidad de esta prestación económica con las que puedan proceder de otro orden, incluso del penal, de manera que se admiten otras indemnizaciones, como la que será analizada a continuación.

⁷⁸ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015; en adelante, LGSS.

⁷⁹ El artículo 157 LGSS versa sobre el concepto de enfermedad profesional, que son las contraídas a consecuencia del trabajo, ejecutado por cuenta ajena, y provocadas por la acción de unos elementos y sustancias determinados.

⁸⁰ STS, de 4 de diciembre (nº rec. 439/2014) [TOL 4.700.992].

⁸¹ En virtud del artículo 164.1 LGSS, la prestación será aumentada entre un 30 y un 50 por ciento ya que no se han observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, en relación con lo analizado anteriormente.

C. Indemnización por responsabilidad civil

La deuda de seguridad del empresario hacia sus trabajadores deriva del contrato de trabajo, por lo que, en caso de incumplimiento, sería de aplicación el régimen de responsabilidad contractual contenido en el artículo 1101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*⁸². Así mismo, también deriva de la relación contractual el derecho de los trabajadores a no sufrir discriminación.

Pues bien, este precepto estipula que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas». Es más, la propia LPRL señala, en su artículo 42.1, que «el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de éste».

El objetivo fundamental de esta responsabilidad es reparar, mediante una indemnización, los daños y perjuicios causados a la víctima por causa del incumplimiento de la normativa correspondiente de una de las partes de la relación contractual⁸³. Por lo tanto, el empresario debe ser culpable, y, en este sentido, el artículo 1104 CC define la culpa –y negligencia– del deudor como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Sin embargo, como esta obligación ya posee una protección específica a través de la legislación laboral, una parte de la jurisprudencia ha señalado que cuando se ejercita acción sobre la base de lo dispuesto en dicho artículo, resulta necesario «acreditar la existencia de una culpa muy grave que sobrepase los límites de responsabilidad protegida por la citada legislación, por tratarse de un plus indemnizatorio que, en todo caso, habría de tener en cuenta lo ya percibido por el accidentado»⁸⁴.

Acerca de la cuantía de la indemnización, el Tribunal Supremo sostiene que «en el ámbito laboral y a falta de norma legal expresa que baremice las indemnizaciones o establezca topes a su cuantía, en principio, la indemnización procedente deberá ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, que, como derivados del accidente de trabajo, se acrediten sufridos en la esfera personal»⁸⁵.

Finalmente, sobre el plazo de prescripción de la acción, en este caso es de un año, puesto que el artículo 59.1 ET determina que «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación».

⁸² BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; en adelante, CC.

⁸³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Problemas de responsabilidad penal administrativa y civil en el ámbito empresarial por los accidentes de trabajo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 10-10, 2008, p.10.

⁸⁴ STSJ de Madrid, de 11 de octubre de 2000 [AR 43360].

⁸⁵ STS nº 3543/2005, de 1 de junio [ES:TS:2005:3543].

D. La respuesta del Código Penal

Las secuelas del acoso laboral pueden llegar a ser muy lesivas para la persona que lo padece, lo que explica que también se haya dado una respuesta jurídica para el *mobbing* desde el ámbito penal. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁸⁶, modificó una serie de preceptos de nuestro Código Penal e introdujo el delito de acoso laboral, definiéndolo como el «hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille a quien lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad».

En consecuencia, el tipo básico del delito contra la integridad moral que ya establecía el artículo 173.1 CP («El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años») fue completado para castigar, con la misma pena, a los que «en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Como señala dicho precepto, el delito que se refiere de manera específica al acoso moral en el trabajo está condicionado a que el sujeto activo de la conducta se aproveche de su relación de superioridad para infligir el daño. No se puede constatar que haya sido así en este caso, puesto que los insultos, burlas y quejas de las que fue víctima Laura provienen de sus compañeros de trabajo –acoso horizontal–, y no de sus jefes –acoso vertical–.

Sin embargo, ¿podría ser de aplicación el tipo básico del delito contra la integridad moral?

Cabe recordar que en el Derecho penal rige el principio de intervención mínima, de manera que «es necesario un plus de intensidad en la presencia del acoso que haga insuficiente el castigo que dicha conducta pueda recibir en otras ramas del ordenamiento jurídico»⁸⁷. Por consiguiente, no todo trato degradante será típico conforme al art. 173.1 CP, sino solo los más lesivos.

Ahora bien, el concepto de lesividad, al igual que el de trato degradante, es jurídicamente indeterminado, por lo que resulta indispensable el estudio del caso concreto. Para facilitararlo, la jurisprudencia ha elaborado unas líneas identificadoras de la conducta punible⁸⁸, señalando que tiene que producirse un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; que debe concurrir un padecimiento físico o psíquico; y que es necesario que se trate de un comportamiento humillante con especial incidencia en la dignidad de la persona.

El problema reside, pues, en demostrar la gravedad de la conducta de la que Laura ha sido víctima. En este caso, el principal medio de prueba con el que cuenta la trabajadora para acreditar la situación vivida es, además de su propio testimonio, el informe médico en el que se le diagnostica una depresión aguda. No consta que esta empleada sufriese ninguna patología psíquica o que hubiese padecido problemas de esta naturaleza en el pasado, por

⁸⁶ BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

⁸⁷ LAFONT NICUESA, LUIS: *El delito de acoso moral en el trabajo*, op. cit., p. 23.

⁸⁸ Por todas, STS nº 2709/2003, de 16 de abril [ECLI: ES:TS:2003:2709].

lo que, en principio, el informe médico sería suficiente para probar la injerencia de la situación laboral en su salud mental. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el *mobbing* no es el único factor en juego.

No cabe duda de que Laura ha sido víctima de un trato degradante como consecuencia de las burlas y de los comentarios hirientes proferidos por sus compañeros, pero los datos aportados no son suficientes para averiguar la relevancia autónoma que ha tenido el acoso laboral en dicho diagnóstico médico. Resulta imposible determinar qué ha tenido más peso en el desenvolvimiento de la depresión, si el acoso sufrido por sus compañeros o la totalidad de la situación vivida en el trabajo –desde la prohibición de acudir a él utilizando el velo islámico hasta la decisión última de despedirla–, por lo que difícilmente podría llegar a probarse la lesividad del *mobbing* exigida por el ordenamiento jurídico penal.

Para terminar, el Código Penal tipifica el incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales en el artículo 316, al establecer que «los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

Por lo que respecta a la aplicación de este precepto, GARCÍA CALLEJO considera que ésta será posible «siempre que el empresario fuera advertido o conociera de los riesgos que existían en la empresa, el acoso infrinja una norma de prevención de riesgos laborales y la empresa no facilite los medios de seguridad e higiene adecuadas y que la falta de medios ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física»⁸⁹. En este caso no se puede determinar que la dirección de Maca, S.A. estuviese al corriente de la situación de acoso que vivía Laura, de modo que, según la anterior interpretación del artículo, el empresario no incurriría en responsabilidad penal.

Además, no hay que olvidar que la LPRL no hace referencia a los tratos vejatorios. En consecuencia, a lo largo de la presente argumentación se ha realizado una aplicación extensiva de la ley para incluir el *mobbing* como conducta objeto de prevención por parte del empresario. Esto no tiene cabida en la esfera criminal, ya que se estaría infringiendo el principio de tipicidad al generar una situación de inseguridad jurídica.

E. El ejercicio de acciones ante los Juzgados de lo Social

Una vez realizadas las anteriores apreciaciones, cabe señalar que el orden jurisdiccional competente para conocer de la demanda de Laura relativa a los daños morales y psicológicos sería el social⁹⁰.

⁸⁹ GARCÍA CALLEJO, J. M^a: *Protección jurídica frente al acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*, ed. Federación de Servicios Públicos de U.G.T., Madrid, 2003, p. 136.

⁹⁰ El orden jurisdiccional competente sería el penal si eligiese ir por esta vía. En este caso, el orden penal también estaría habilitado para pronunciarse acerca de la responsabilidad civil del empresario: arts. 109 y ss. CP; art. 108 Real decreto de 14 de septiembre de 1882, *por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

Dicha competencia viene atribuida por el artículo 2 LRJS, que señala que los órganos de este orden conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en relación «con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente, responsabilidad por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales»; así como «para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros obligados legal o convencionalmente»; y «sobre tutela de los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios».

Pues bien, una de las opciones que se le ofrece al trabajador en situación de acoso es la de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, contemplada en los artículos 177⁹¹ y a 184 LRJS. La finalidad del procedimiento es prohibir la conducta de acoso, así como determinar la indemnización que le corresponde a la parte demandante por las lesiones sufridas en su derecho (art. 183.1 LRJS). Ésta será fijada por el órgano jurisdiccional a su prudente arbitrio, atendiendo las circunstancias del caso, «sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable»⁹². Además, el artículo 183.4 concreta que la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social no será compatible cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse.

Así mismo, se recuerda que el artículo 178 LRJS restringe el objeto de este proceso, al limitarlo únicamente al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin que se pueda acumular con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho.

Por lo que respecta a la carga de la prueba, se procede del mismo modo que se señaló cuando se trató el asunto de la discriminación laboral. Es decir, la demandante deberá señalar una serie de indicios fundados de acoso y, posteriormente, el demandado tendrá que aportar una justificación objetiva y razonable (art. 96.1 LRJS). En este caso, dichos indicios podrían ser el ambiente laboral hostil en el que se vio inmersa Laura, además del importante informe médico en el que se le diagnostica depresión aguda como consecuencia de la situación.

Lo mismo sucedería para el proceso sobre responsabilidad derivada de accidente de trabajo, puesto que «corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la

⁹¹ «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».

⁹² STS nº 494/2010, de 25 de enero [ECLI: ES:TS:2010:494].

producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo» (art. 96.2 LRJS).

Para finalizar, resulta conveniente aludir brevemente a la acción de extinción indemnizada del contrato de trabajo que podría ejercer Laura, de no haber sido ya éste rescindido por Maca, S.A. El artículo 50.1 c) señala que será justa causa para ello «cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones de parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor (...)», donde encajaría el incumplimiento de las obligaciones de la empresa en materia protección de la salud e integridad psíquica frente a riesgos psico-sociales. Además, en relación con la situación de acoso, cabe mencionar que éste es motivo de despido disciplinario (art. 54.2, letra c, ET).

3. Conclusiones

A modo de recapitulación, pueden extraerse las siguientes conclusiones de la argumentación efectuada:

- i. Tras haber analizado los elementos configuradores del *mobbing*, se ha constatado que Laura ha sido víctima de acoso horizontal. De este modo, se ha vulnerado su derecho como trabajadora a recibir protección frente al acoso por razón de religión (art. 4.2, letra e, ET). Es más, dicha conducta también ha lesionado su dignidad como persona y, en concreto, su derecho fundamental a la integridad moral.
- ii. La dirección de Maca, S.A. no se interesó por averiguar si el hecho de que Laura comenzase a acudir al trabajo haciendo uso del *hiyab* había generado algún tipo de reacción por parte de sus compañeros, sino que únicamente contribuyó a herir aún más la salud psíquica de la trabajadora con la decisión drástica e injustificada de despedirla. Todo ello supone el incumplimiento del deber de proteger la salud del trabajador que recae sobre el empresario (art. 14.1 LPRL), ya que no actuó de manera diligente en materia de prevención de riesgos laborales.
- iii. Estas circunstancias facultan a la trabajadora para acudir a varias vías procedimentales en las que podrá hacer valer su derecho y lograr un resarcimiento por los daños y perjuicios psicológicos sufridos. También se han aportado razones por las que cabría considerar que Laura tiene derecho al sistema de prestaciones económicas de la Seguridad Social.
- iv. Es oportuna la demanda por responsabilidad civil contractual, que deberá ser tramitada por la vía social, en aras de lograr una indemnización por daños y perjuicios psicológicos.
- v. Se ha analizado si las conductas señaladas podrían ser constitutivas de delito conforme al Código Penal. Cabe señalar que, si finalmente se decidiese emprender acciones por esta vía, todas las demás deben paralizarse en tanto ésta no se resuelva. Además, será incompatible con las sanciones contempladas en vía administrativa.

IV. Utilización de otros símbolos religiosos

Retomando la cuestión del uso de símbolos religiosos en el lugar de trabajo, se han argumentado las razones por las que Laura actuó conforme a Derecho decidiendo exhibir el velo islámico, sin extralimitarse en el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. También se ha analizado la respuesta de Maca, S.A. a la decisión de la trabajadora, la cual resultó ser carente de fundamento y contraria a su derecho a la no discriminación. Pues bien, dejando a un lado estas consideraciones, se procederá a realizar un ejercicio de ficción para imaginar que esta empleada no hubiese utilizado el *hiyab*, sino otros símbolos religiosos, y así determinar si las consecuencias jurídicas habrían sido diferentes.

1. *Niqab o burka*

Mientras que el *hiyab* es un velo que cubre el pelo y, parcialmente, el pecho de las mujeres musulmanas, lo más característico de estas prendas es que cubren partes del cuerpo sustancialmente mayores. Por una parte, el *niqab* también tapa el rostro de la portadora, aunque deja los ojos al descubierto; por otra parte, el *burka* oculta íntegramente el cuerpo de la mujer, obligándola a ver a través de una malla.

Cabe señalar que el Corán no establece la obligatoriedad de estas prendas, pero diversas interpretaciones de la religión musulmana sí que lo consideran de este modo. El uso de estos símbolos religiosos supone, principalmente⁹³, una manifestación del derecho a la libertad religiosa. Ahora bien, su utilización resulta ser muy polémica, e incluso algunos países constitucionalmente afines a España han decidido prohibirla.

A. Aproximación al Derecho comparado: la situación francesa

Francia ha sido uno de los primeros países europeos en regular una prohibición nacional del velo integral, por tratarse de una prenda contraria a los valores de la República, a la dignidad de la persona, a la seguridad pública y «ser una forma de inferiorización de las mujeres, ya que las elimina del espacio público»⁹⁴. De hecho, en el año 2010 se aprobó definitivamente la *Loi n° 2010-1192, du 11 octobre*⁹⁵, que prohíbe, bajo sanción de multa, llevar el rostro tapado en lugares públicos, equiparándose, de este modo, el uso de un *niqab* o un *burka* con el de un pasamontañas.

El concepto de orden público utilizado es amplio, puesto que el artículo 2 precisa que «los espacios públicos lo componen las vías públicas así como los lugares abiertos al público o que ofrecen un servicio público». En este sentido, la circular del Primer Ministro del 2 de marzo sobre la puesta en marcha de esta ley considera que los lugares abiertos al

⁹³ También podría entenderse que la utilización de estas prendas –incluido el *hiyab*– está protegida por el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE).

⁹⁴ RAMÍREZ, ÁNGELES: *La trampa del velo*, ed. Catarata, Madrid, 2011, p. 84.

⁹⁵ *Loi n° 2010-1992, du 11 octobre 2010, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (JORF n° 0237, du 12 octobre 2010).

público son aquéllos cuyo acceso es libre (playas, parques, etc.), pero también a los que es posible acceder, como los comercios –entre los que se incluyen las tiendas–, bancos o estaciones.

No obstante, dicha ley no estuvo exenta de controversia, sino que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció acerca de ella en la Sentencia sobre el *asunto S.A.S. contra Francia*⁹⁶, con ocasión de un recurso presentado por una mujer musulmana de nacionalidad francesa que consideraba que se habían vulnerado varios de sus derechos y libertades reconocidos en el CEDH –como el derecho al respeto a la vida privada (art. 8) y la libertad de religión (art. 9)–. Entre otros argumentos, la demandante alegó que tal injerencia carecía de un objetivo legítimo, puesto que no se trata de una medida destinada a satisfacer las preocupaciones específicas de seguridad en zonas de alto riesgo, sino de una prohibición general que abarca casi cualquier espacio público, así como que tampoco se tiene en cuenta las prácticas culturales de las minorías y que no se puede mantener que el uso de estas prendas suponga para las mujeres la negación del derecho a existir como personas en los espacios públicos, cuando en la mayoría de los casos se trata de una elección libre sin connotaciones machistas o proselitistas.

El TEDH consideró que esta restricción es legítima para garantizar las exigencias mínimas de la vida en sociedad, en relación con el objetivo que constituye la protección de los derechos y libertades de los demás. Determina que es una medida proporcionada al fin perseguido: para Francia, la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en los espacios públicos es una opción social que trata de defender una forma de interacción entre los individuos que sea una expresión del pluralismo inherente a la sociedad democrática. Por lo tanto, como se trata de una cuestión de política general, prevalece el margen de apreciación del país en cuestión, de modo que la prohibición es proporcional al objetivo de preservar las condiciones de convivencia en el Estado francés, sin que ello suponga una vulneración del contenido del CEDH.

B. La falta de regulación en España

En relación con lo señalado, si Maca, S.A. estuviese situada en Francia, sería bastante sencillo dar una respuesta al hipotético caso en el que Laura decide acudir a su puesto de trabajo de dependienta de ropa con el cuerpo íntegramente tapado con un *burka*, puesto que existe una ley que prohíbe⁹⁷ este tipo de situaciones a nivel estatal.

Por el contrario, en España, la regulación de esta clase de símbolos religiosos únicamente ha sido abordada por las ordenanzas municipales de algunas localidades –por ejemplo,

⁹⁶ STEDH sobre el *asunto S.A.S contra Francia*, de 1 de julio [TEDH 2014\36].

⁹⁷ Cabe mencionar que la prohibición contemplada por Francia no se ajusta a las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa contenidas en la propuesta de Resolución núm. 1743, de 23 de junio de 2010, sobre islam, islamismo e islamofobia en Europa. Desde el punto de vista de la Asamblea, se recomienda a los Estados miembros no prohibir el *burka* o el *niqab* en la esfera pública, aunque considera necesaria la imposición de límites a la utilización de estas vestimentas, únicamente cuando se pretenda garantizar el respeto a la dignidad humana, la igualdad o la libertad ideológica de las mujeres.

Lleida-. No obstante, el TS en su Sentencia núm. 693/2013⁹⁸ ha declarado que los entes locales no son competentes para limitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, ya que, en todo caso, debería hacerlo el Parlamento mediante una Ley. Así mismo, señala que una prohibición de esta magnitud «carece de una demostración convincente en cuanto a la simple constatación sociológica», con la intención de refutar la afirmación que se hacía en la sentencia recurrida en casación de que el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas perturbaba la tranquilidad de la cultura occidental.

Por lo tanto, a falta de una prohibición general por motivos de orden público, se debe tener en consideración el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*⁹⁹, que faculta a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para «requerir la identificación de las personas cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción», o bien «cuando se considere necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito». El propio precepto aclara que se incluye también «la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra».

Una vez aclarado que la utilización del *niqab* y del *burka* en España no supone, *a priori*, una agresión directa contra la seguridad pública, es hora de plantearse si el empresario estaría legitimado para prohibir la exhibición de estos símbolos religiosos en el ámbito laboral. En este sentido, cabe recordar que «el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan, junto a otros, el ejercicio del derecho, de modo que manifestaciones del mismo que en otro pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación»¹⁰⁰. En la presente argumentación se ha puesto de manifiesto que Laura estaba actuando conforme a Derecho al decidir desempeñar su trabajo como dependienta ataviada con el *hiyab*, puesto que ni dicha decisión interfería con la obligación empresarial de utilizar uniforme, ni del relato fáctico se podía inferir que produjese algún tipo de perjuicio a la empresa.

Ahora bien, el hecho de que una trabajadora desempeñase sus funciones de dependienta tapada íntegramente por alguna de estas prendas no solo supondría un incumplimiento de la normativa interna que obliga a vestir el uniforme reglamentario, sino que también resultaría incompatible con la naturaleza del trabajo que se realiza en Maca, S.A. La decisión de la empleada, fundamentada en sus convicciones religiosas, no resultaría inocua para los intereses de la empresa, dado que estos se verían altamente afectados. En consecuencia, la sociedad podría despedir a Laura alegando indisciplina por no respetar el código de indumentaria de la empresa, a lo que habría que añadir mala fe por ser conocedora de los perjuicios que supone su reciente decisión y, aun así, continuar desatendiendo las obligaciones laborales que había aceptado voluntariamente.

⁹⁸ STS núm. 693/2013, de 14 de febrero [RJ 2013/2613].

⁹⁹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁰⁰ STC núm. 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997\204].

2. Cruz cristiana o *kipá* judía

La polémica que suscitan el *niqab* y el *burka* surge, en parte, porque son prendas que apenas dejan a la vista el cuerpo de la mujer que los porta –a lo que habría que añadir una serie de consideraciones feministas, teológicas, históricas y sociológicas, entre otras. En cambio, la cruz cristiana y la *kipá* son similares al *hiyab*, en lo que a términos de invasión corporal se refiere. El primer símbolo religioso puede ser portado –tanto por hombres como mujeres– de diferentes modos, como, por ejemplo, en un colgante o en una pulsera. Por su parte, el segundo se trata de pequeña gorra, tradicionalmente obligatoria, utilizada por los varones judíos para cubrirse parcialmente la cabeza.

Por lo que respecta al uso de la cruz cristiana en el ámbito laboral privado, resulta relevante la argumentación efectuada por el TEDH en su Sentencia sobre el *asunto Eweida y otros c. Reino Unido*¹⁰¹, a la que ya se hizo alusión con anterioridad. En este caso nos encontramos con la señora Eweida, quien trabaja de cara al público para la aerolínea British Airways. Esta empresa tiene estipulado un código de uniforme para sus empleados, el cual es respetado por dicha trabajadora, aunque decide incluir también un accesorio en el que aparece una cruz cristiana, como expresión de su creencia religiosa. A raíz de esta decisión, es enviada a casa, sin apercibimiento de sueldo, durante más de medio año, hasta que finalmente British Airways modificó sus reglas respecto al uniforme y le permitió mostrar la cruz.

El TEDH considera que la decisión empresarial, que había sido avalada por los Tribunales nacionales británicos constituye, en realidad, «una injerencia en su derecho de manifestar su religión». A pesar de que estos actuaron dentro de un margen de apreciación, no se alcanzó un justo equilibrio entre el conflicto de intereses –derecho a la libertad religiosa contra interés empresarial–. La cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. Además, previamente ya se había autorizado el uso de otras prendas de vestir religiosas (como turbantes y *hiyabs*), y esto no había tenido ninguna consecuencia negativa para la imagen de British Airways. Por lo tanto, el TEDH concluye que «en estas circunstancias donde no hay ninguna prueba de invasión real de los intereses de terceros, las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente de la demandante a manifestar su religión, vulnerando la obligación positiva de conformidad con el artículo 9 CEDH».

Pues bien, si Laura comenzase a acudir a su lugar de trabajo vestida con el uniforme reglamentario, pero también con, por ejemplo, una joya en la que aparece la cruz cristiana, la empresa no encontraría amparo jurídico para despedirla. Se trata de una manifestación legítima de su derecho a la libertad religiosa y que no excede de los límites de éste. Además, no consta que la compañía tenga una política de neutralidad religiosa ni que la exhibición de este símbolo religioso ocasione algún tipo de perjuicio a la imagen de Maca, S.A., puesto que en el caso planteado ya hay trabajadores que lo hacen.

¹⁰¹ STEDH sobre el *asunto Eweida y otros contra Reino Unido*, de 15 de enero, *op. cit.*

Lo mismo ocurriría si, en vez de la cruz cristiana, se tratase de la *kipá* judía. Los Tribunales españoles han tenido la oportunidad de manifestarse¹⁰² acerca de la utilización de este símbolo religioso con ocasión del litigio entre una empresa municipal de transportes y un hombre judío que prestaba sus servicios con una gorra, en alusión a su religión, la cual no formaba parte del vestuario. En este caso, el TSJ de las islas Baleares dio la razón al trabajador, puesto que la empresa –la cual tampoco se regía por una política expresa de neutralidad religiosa– no había probado que la utilización de la *kipá* judía menoscabase su imagen de algún modo. Por lo tanto, una vez más se trata de tener en cuenta si los intereses empresariales se ven afectados por la decisión del trabajador de manifestar su religión; si estos no sufren en absoluto, «no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados».

3. Conclusiones

- i. Maca, S.A., al amparo de la libertad de empresa, podría prohibir la utilización de prendas religiosas tan llamativas como el *niqab* o el *burka*.
Por una parte, la trabajadora que las llevase estaría incumpliendo con su obligación contractual de exhibir el uniforme de la empresa.
Por otra parte, a pesar de que en España no existe una regulación concreta sobre esta materia –al contrario que en Francia–, dicha limitación del derecho a la libertad religiosa es lícita, puesto una persona que trabaja de cara al público tapada por completo afectaría a la imagen de la empresa privada.
En consecuencia, la interdicción se entiende razonable y proporcional a la finalidad pretendida.
- ii. La cruz cristiana y la *kipá* judía no impiden al empleado mostrar el uniforme de la empresa. Además, la empresa no se rige por una política de neutralidad religiosa, ni tampoco ha probado que la utilización de dichos símbolos religiosos supongan un perjuicio para su imagen. Por lo tanto, no se encuentra ningún argumento para fundamentar la limitación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa.

V. Posibles vías para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico

Como respuesta al despido de Laura por la utilización del velo islámico, la Asociación para la Defensa del Velo inició una campaña de boicot a los productos comercializados por Maca, S.A., lo que se tradujo en un descenso del 50% de las ventas de la sociedad. No cabe duda de que la empresa ha sufrido un daño patrimonial, de modo que serán analizadas las posibles vías por las que podría demandar a la ADVI, así como sus

¹⁰² Sobre este caso versa la STS de Islas Baleares núm. 457/2002, de 9 de septiembre, a la que ya se hizo referencia cuando se argumentó acerca de la pertinencia de utilizar el velo islámico.

perspectivas de éxito. Para ello, es necesario realizar unas consideraciones previas acerca de si las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, en cuanto derecho de la personalidad, o si su prestigio debe ser únicamente tutelado como un bien jurídico protegido.

1. El derecho al honor de las personas jurídicas

El artículo 18.1 CE otorga el rango de derechos fundamentales al «honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Sin embargo, dado que ningún precepto de nuestro texto constitucional¹⁰³ aclara si las personas jurídicas pueden ser, en general, titulares o no de derechos fundamentales, no hay una respuesta unánime a la cuestión de si estas personas pueden ser sujetos del derecho al honor. Cabe mencionar que el artículo 162.1, letra *b*, CE considera legitimadas para interponer el recurso de amparo a «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo», aunque, tal y como señala LÓPEZ PERREGRÍN, podría interpretarse que lo único que le reconoce el artículo citado a la persona jurídica es el «derecho a defender los derechos fundamentales de las personas físicas que la componen»¹⁰⁴.

Tampoco puede resolverse este interrogante a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*¹⁰⁵, puesto que no se incluyó en ella ningún artículo que, de forma explícita, afirme o niegue dicha titularidad. Por lo tanto, ante la falta de datos normativos, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en varias ocasiones acerca de la titularidad del derecho al honor.

Por un lado, la STC núm. 107/1988¹⁰⁶ expresa que «el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral». Aunque este argumento llevó a un sector doctrinal¹⁰⁷ a considerar que el TC excluía a las personas jurídicas del ámbito del artículo 18.1 CE, hay que tener en cuenta que dicha resolución se refiere a órganos –y partes de órganos– del Estado; así mismo, no aparece en ella el concepto de persona jurídica, sino que solo se adule a la «clase determinada del Estado e institución pública».

¹⁰³ No sucede lo mismo, por ejemplo, en el caso de la Constitución Portuguesa, cuyo artículo 12.2 indica que «las personas jurídicas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza».

¹⁰⁴ LÓPEZ PERREGRÍN, CARMEN: *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 26.

¹⁰⁵ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

¹⁰⁶ STC núm. 107/1988, de 8 de junio [RTC 1988\107].

¹⁰⁷ Por todos, HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad y propia imagen*, ed. Constitución y Leyes (Colex, S.A.), Madrid, 1990, pp. 254-258.

Por otro lado, el primer pronunciamiento directo del TC acerca de la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas puede encontrarse en la STC núm. 139/1995¹⁰⁸. El Tribunal afirma que «resulta lógico que se les reconozcan constitucionalmente –a las personas jurídicas– la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios» para la consecución de sus fines. El derecho al honor cumpliría tal función; además se trata de un derecho fundamental que, por su naturaleza, es atribuible a estos entes, al contrario que el derecho a la vida o el derecho a la integridad física, entre otros. Finalmente, se indica 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 consecuencia, una persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena, al amparo del artículo 7.7 LO 1/1982. Cabe añadir que, tal y como señala la STS nº 802/2006¹⁰⁹, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, la problemática ligada a la intromisión en el derecho al honor de las personas jurídicas afecta principalmente a su aspecto externo –consideración pública protegible–, y no al interno –sentimiento de dignidad de la propia persona–.

A. El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión

A la vista de las consideraciones anteriores, puede concluirse que Maca, S.A. es titular del derecho al honor. Por lo tanto, para dilucidar si la campaña de boicot llevada a cabo por la ADVI lesiona este derecho, habrá que atender a las concretas circunstancias del caso, ya que dicha actuación podría encontrarse amparada bajo el derecho a la libertad de expresión.

El artículo 20.1 CE protege el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», aunque el apartado 4 del mismo artículo señala que esta libertad está expresamente limitada por el respeto al derecho al honor. No obstante, en el conflicto entre ambos derechos la jurisprudencia atribuye una preferencia inicial a la libertad de expresión, por considerarla «uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español»¹¹⁰. Así mismo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la

¹⁰⁸ STC núm. 139/1995, de 26 de septiembre [RTC 1995\139]. En esta sentencia se trata el caso de una sociedad mercantil que es acusada en un reportaje periodístico de sobornar a la Guardia Civil para encubrir diversas actividades ilegales que se realizan en el seno de la empresa.

¹⁰⁹ STS núm. 802/2006, de 19 de julio [ECLI: ES:TS:2000:4495].

¹¹⁰ STC núm. 9/2007, de 15 de enero [RTC 2007\9]. Esta Sentencia también explica que la formación y existencia de una opinión pública y libre es una «garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática».

exposición de ideas u opiniones de interés público», en la medida en que no sean «absolutamente vejatorias»¹¹¹.

Ahora bien, la inexactitud de los datos fácticos aportados relativos a las actuaciones de la ADVI hace imposible determinar si la intromisión en el derecho al honor de Maca, S.A. obedece a razones legítimas. De un lado, la asociación podría haber difundido su opinión acerca de los hechos relativos al despido de Laura –que tienen interés social, especialmente para el colectivo musulmán–, generando en el público la voluntad de no querer seguir comprando sus productos. De otro lado, la actividad de la ADVI podría haber consistido en difamar injustamente el nombre de Maca, S.A., de manera vejatoria, lo que no podría considerarse una manifestación de la libertad de expresión conforme a Derecho. Ante esta ambigüedad, resulta imprescindible determinar cuáles son las vías por las que Maca, S.A. podría resarcirse de los perjuicios causados.

2. Vía penal

Por una parte, desde el ámbito de la tutela penal del derecho al honor, la ADVI podría considerarse sujeto activo del delito de injurias por la campaña de boicot promovida contra Maca, S.A.¹¹². El artículo 208 CP establece que «es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». No obstante, para que las injurias sean constitutivas de delito, deben ser «tenidas en el concepto público por graves» y, además, en el caso de las que consisten en la imputación de hechos, se deben haber llevado a cabo «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» (arts. 208.2 y 3 CP). El artículo 209 CP contempla, para este delito, la pena de multa de 3 a 7 meses; para el caso de que las injurias hayan sido hechas con publicidad, la duración de dicha pena será de 6 a 14 meses.

Una de las notas características de este tipo delictivo es su indeterminación, ya que su aplicación depende de lo que en el orden público sea entendido como grave en un determinado momento, atendiendo a su naturaleza, efectos y circunstancias, de modo que se otorga al juez una amplia capacidad decisoria. Además, un sector de la jurisprudencia considera que, además del elemento objetivo que expresa la redacción del artículo 208 CP, también es necesaria la concurrencia de otro de índole subjetiva, «en cuanto que aquellas frases o actitudes han de responder al propósito específico de ofender, vilipendiar, desacreditar, vejar, menospreciar, escarnecer, etc., a la persona destinataria de ellas o a la que vienen referidas»¹¹³.

Por consiguiente, las perspectivas de éxito de esta vía dependen de la gravedad de las actuaciones de la ADVI encaminadas a desprestigiar a Maca, S.A. Asimismo, si el boicot únicamente hubiese consistido en la difusión de opiniones sobre la limitación del derecho a la libertad religiosa que tiene lugar en dicha empresa, la asociación solo sería

¹¹¹ *Supra cit.*

¹¹² Maca, S.A. sería el sujeto pasivo del delito. En este sentido, el Auto de la AP de Cádiz, de 20 de octubre de 2000 [JUR 2001\25038] reconoce la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujeto pasivo del delito de injurias.

¹¹³ A estos efectos, v. SAP de Madrid nº 344/2007, de 19 de octubre [ECLI: ES:APM:2007:18830], que refleja la jurisprudencia del TS.

responsable penalmente si hubiese alterado los hechos en los que se basa hasta convertirlos en falsos.

Por otra parte, el derecho al honor también se protege penalmente con el delito de calumnia, definido en el art. 205 CP como «la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». Por lo tanto, si la ADVI hubiese boicoteado a Maca, S.A acusándola de que se están cometiendo delitos en el seno de la empresa, sería de aplicación este precepto, toda vez que se cumplan los requisitos que en él se enuncian.

Para terminar, cabe realizar unas breves consideraciones acerca del artículo 510.1 CP, que castiga con una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél» por diferentes motivos, entre los que se encuentra la ideología, religión, orientación sexual u origen nacional.

El hecho de que se haga referencia a este precepto obedece a una investigación realizada por la Fiscalía del TSJ de la Comunidad valenciana, iniciada en el año 2006, orientada a determinar si existía algún delito en la campaña de boicot al cava catalán que promovió Coalición Valenciana¹¹⁴. Las diligencias se abrieron a raíz de la denuncia realizada por un miembro del Partido Socialista Catalán, quien consideraba que «la campaña organizada es constitutiva de delito al tener como finalidad promover la selección por exclusión del mercado, es decir, discriminar a un grupo de empresas que tienen en común su origen territorial y que su autor justifica (con o sin fundamento) a estar ligadas a una determinada ideología política». Finalmente, la Fiscalía archivó las diligencias de investigación penal por inexistencia de base jurídica.

Teniendo en cuenta este precedente, no se aconseja fundamentar sobre la base de este delito la demanda contra la ADVI, ya que no se aprecia que sus actuaciones se basen en las razones contempladas en el precepto anteriormente citado. No obstante, si se demostrase que el boicot a los productos de Maca, S.A. incita a la hostilidad contra los almacenes por su ideología –entendida en el sentido de que quiere guiar su actividad empresarial basándose en una hipotética política de neutralidad religiosa–, sí que podría ser de aplicación dicho tipo delictivo.

3. Vía civil

Desde el punto de vista civil, en primer lugar, el art. 9.1 de la LO 1/1982 dispone que «la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución».

De un lado, por lo que concierne a las intromisiones ilegítimas, el artículo 7 de la misma LO identifica los supuestos que serán considerados como tales, entre los que se

¹¹⁴ Vid. <http://www.antifeixistes.org/arxiu/sentan3.pdf> (fecha de consulta: 29 de mayo de 2017).

encuentran «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» y «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en su buen nombre».

De otro lado, en la actualidad, el único trámite existente para exigir la tutela civil del derecho al honor es el del juicio ordinario (art. 249.1.2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*¹¹⁵) el cual tendrá carácter preferente. Dicho carácter obedece al mandato del art. 53.2 CE, sobre los principios de preferencia y sumariedad que deben guiar los procedimientos por los que se recaba la tutela de derechos fundamentales. Finalmente, el mismo precepto de nuestra Constitución contempla la posibilidad de que se pueda recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, si la defensa del derecho no ha sido suficiente por parte de los Tribunales ordinarios.

Realizadas estas consideraciones, resulta relevante la protección jurídica específica que se confiere al derecho al honor en el artículo 9.2 de la LO 1/1982, el cual establece que «la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores». También se reconoce el derecho a replicar, a la difusión de la sentencia y a recibir condena por la que se indemnicen los perjuicios causados.

Así mismo, el apartado tercero del mismo artículo señala que «la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima»; y, sobre la indemnización, determina que ésta «se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida».

Por lo que respecta a este precepto, numerosa jurisprudencia¹¹⁶ considera que la responsabilidad civil deriva de la simple intromisión ilegítima en el honor, sin que sea necesario que la persona que la llevó a cabo haya tenido la intención de dañar tal derecho. En cambio, sí es necesario demostrar la existencia de daños patrimoniales para poder obtener la indemnización correspondiente¹¹⁷, lo que en este caso no supondría especiales dificultades si se aporta el informe pericial pertinente en el que aparezca reflejada la disminución de las ventas de la sociedad.

Cabe mencionar que el artículo 9.5 de la misma LO prevé un plazo de caducidad de 4 años para el ejercicio de estas acciones, de manera que se puede apreciar de oficio y no es susceptible de interrupción, ni si quiera por el ejercicio de la acción penal por delito de injurias¹¹⁸.

En segundo lugar, Maca, S.A. también podría invocar el artículo 1902 CC, configurador del régimen legal de la responsabilidad extra-contractual, que estipula que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a

¹¹⁵ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

¹¹⁶ En este sentido, la STS nº 212/2006, de 7 de marzo [TOL 863.830] indica que «cuando se da la intromisión ilegítima, se presume iuris et de iure el perjuicio».

¹¹⁷ El TS, en la Sentencia nº 1116/2002, de 25 de noviembre [TOL 4.920.190] desestima la indemnización en cuanto a daños patrimoniales por falta de acreditación de perjuicio material.

¹¹⁸ STS nº 804/2000, de 31 de julio [TOL 4.973.957].

reparar el daño causado». Además, tal y como señala ATIENZA NAVARRO¹¹⁹, en un caso de estas características se materializarían todos los requisitos exigidos para el nacimiento de esta responsabilidad: comportamiento (intromisión ilegítima en el derecho al honor); daño (pérdida de prestigio de la sociedad y descenso de un 50% de las ventas); existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el daño, así como la imputación subjetiva del daño al sujeto llamado a responder (campana de boicot promovida por la ADVI).

La finalidad de esta acción es la de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios materiales –en concepto de lucro emergente y lucro cesante¹²⁰– y morales sufridos como consecuencia de la vulneración del buen nombre de la empresa, de manera que el daño quede reparado íntegramente. En virtud del artículo 1968 CC, esta acción prescribe al cabo de 1 año.

4. Conclusiones

- i. Como protesta frente al despido de Laura, la Asociación para la Defensa del Velo Islámico ha llevado a cabo una campana de boicot contra los productos de Maca, S.A. El único dato fáctico que consta relativo a dicha campana es que ha ocasionado que las ventas de la sociedad descendiesen en un 50%, de modo que no se puede determinar si los actos de la ADVI son legítimos bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión, más allá de las consideraciones realizadas previamente. En consecuencia, debe hacerse referencia a las posibles vías por las que Maca, S.A. podría demandar a la asociación por haber lesionado su derecho al honor, del que es titular.
- ii. Por una parte, se ha estudiado la relevancia penal que podrían tener las actuaciones de la ADVI si éstas fuesen lo suficientemente graves, con especial atención al delito de injurias (art. 208 CP).
- iii. Por otra parte, se ha analizado la protección civil del derecho al honor contenida en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, así como al régimen de responsabilidad extra-contractual que establece el artículo 1902 CC. La finalidad de acudir a la vía civil sería que la sociedad obtuviese un resarcimiento por los daños sufridos en su imagen pública, y todo lo que eso conlleva, por culpa de la campana de boicot de la asociación.

¹¹⁹ ATIENZA NAVARRO, M^a LUISA: “La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor”, en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Coord.) ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

¹²⁰ El daño emergente consiste en la pérdida patrimonial sufrida por Maca S.A., mientras que el lucro cesante es el incremento patrimonial que habría obtenido la sociedad si no hubiese sido boicoteada.

VI. Conclusiones finales

Tras haber profundizado en todas las cuestiones relativas a la problemática planteada, se señalarán las siguientes conclusiones a modo de recapitulación final, sin perjuicio de las realizadas al final de cada bloque argumentativo.

- i.** Maca, S.A. ha extinguido la relación laboral de Laura basándose en un incumplimiento grave y culpable, lo que jurídicamente se denomina «despido disciplinario». Sin embargo, se ha demostrado que los motivos alegados por parte de la sociedad para efectuar el despido carecen de fundamento.

Detrás de la ruptura del contrato de la trabajadora se oculta un conflicto entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad religiosa. De un lado, el primero de los derechos faculta a Maca, S.A. para dirigir su actividad empresarial conforme a sus propias directrices; de otro lado, la libertad religiosa es un derecho fundamental por el que se protege la exteriorización de las creencias de los individuos (por ejemplo, la utilización del velo islámico), aunque sujeta a una serie de límites, como son la preservación del orden público o el respeto de los derechos y libertades de los demás.
- ii.** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido expresamente, en su Sentencia sobre el *asunto Achbita c. G4S Secure Solution*, que el derecho a la libertad de empresa comprende el deseo de los empresarios de mostrar una imagen neutra ante sus clientes, en lo que a términos de religión se refiere. En este sentido, sería legítima una decisión empresarial de Maca, S.A. por la que se prohibiese el uso de símbolos religiosos por parte de sus empleados, especialmente si estos trabajan cara al público. No consta que en este caso haya una regulación interna de estas características, ni tampoco que la utilización del *hiyab* por parte de Laura haya supuesto algún tipo de perjuicio para la sociedad.
- iii.** El único argumento que alega Maca, S.A. es que la empresa prohíbe cualquier tipo de indumentaria que no forme parte del uniforme, lo que no se puede entender como razón suficiente para limitar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de Laura.

El Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de un conflicto similar en su Sentencia núm. 31/2017, y falló a favor de la trabajadora que había sido despedida, por hacer uso del velo islámico, de una empresa que tampoco se regía por una política de neutralidad religiosa.
- iv.** Además, dicha limitación resulta aún más incomprensible si se tiene en cuenta que otros trabajadores sí pueden acudir a su puesto de trabajo portando otros símbolos religiosos –en el relato fáctico se hace especial referencia al uso de cruces cristianas. En consecuencia, se puede determinar que la decisión empresarial no atenta únicamente contra el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora, sino también contra su derecho a la no discriminación.
- v.** La presente argumentación se orienta a recomendar a la trabajadora que impugne el despido ante los Juzgados de lo Social en aras de que sea calificado judicialmente como nulo, por haber tenido su móvil en una de las causas de discriminación que prohíbe la Constitución y haberse producido con la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

- vi. La situación sería sustancialmente diferente si, en vez de un *hiyab*, se tratase de un *burka* o de un *niqab*. A pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna prohibición expresa acerca de la utilización de esta clase de indumentaria, el cuerpo de la trabajadora permanecería ocultado por completo, de manera que esta decisión no sería compatible con la obligación empresarial de acudir al lugar de trabajo con el uniforme de la empresa. Así mismo, cabría pensar que los intereses de la empresa se verían afectados, así como que se produciría algún perjuicio para su imagen.
- vii. En cambio, si el símbolo religioso en cuestión fuese una cruz cristiana o una *kipá* judía, que, al igual que el *hiyab*, permiten ver el cuerpo del trabajador y no impiden la utilización del uniforme, cabría tener en cuenta las mismas consideraciones que se efectuaron respecto del velo islámico.
- viii. Laura ha sido víctima de *mobbing*, puesto que sus compañeros de trabajo comenzaron a proferir burlas contra ella cuando decidió acudir a los almacenes de ropa con el *hiyab*. Este factor, unido a la tensa situación que vivía en el ámbito laboral, fue determinante para ocasionarle una depresión aguda, la cual fue clínicamente diagnosticada. Como la sociedad no se preocupó en ningún momento por el estado de la trabajadora, ni tampoco se interesó en averiguar si la reciente utilización del velo islámico había ocasionado algún tipo de reacción por parte de sus compañeros, se deduce que en Maca, S.A. no se ha cumplido satisfactoriamente la obligación legal que recae sobre el empresario de proteger la salud del trabajador, vulnerándose, así, la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.
- ix. Se han argumentado las posibles vías por las que Laura podría obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios psicológicos sufridos, así como las incompatibilidades entre ellas. También se han aportado razones por las que cabría considerar a esta trabajadora como beneficiaria del sistema de prestaciones económicas de la Seguridad Social. El orden jurisdiccional para conocer de todas las acciones –excepto las penales– sería el social, puesto que toda la situación deriva de la relación laboral.
- x. La campaña de boicot efectuada por la Asociación para la Defensa del Velo Islámico contra Maca, S.A. puede entenderse como un atentado contra el derecho al honor de la sociedad, de modo que se ha analizado la protección que recibe este derecho, tanto por la vía penal como por la civil. Aunque no se conocen los datos concretos referentes a las actuaciones de la asociación, hay que tener en cuenta las posibles implicaciones del derecho a la libertad de expresión, en tanto que la intromisión en el derecho al honor de Maca, S.A. podría obedecer a razones legítimas.

Bibliografía

1. Monografías y obras colectivas

BLASCO PELLICER, ÁNGEL: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario”, en *Derecho del Trabajo* (CAMPOS RUIZ, L.M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., Coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

EVANS, MALCOM D.: *Manual sobre el uso de símbolos religiosos en lugares públicos*, ed. Laocoonte (trad.), Pamplona, 2010.

JURADO SEGOVIA, ÁNGEL: *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, ed. La Ley, Madrid, 2008.

LAFONT NICUESA, LUIS: *El delito de acoso moral en el trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LÓPEZ PERREGRÍN, CARMEN: *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO: *Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos, Madrid, 2016.

NAVARRO MENDIZÁBAL, ÍÑIGO A. y VEIGA COBO, ABEL B.: *Derecho de daños*, ed. Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2013.

PORRAS RAMÍREZ, J. M^a: “La libertad religiosa como derecho fundamental, en perspectiva estatal, internacional y europea”, en *Derecho de la libertad religiosa* (PORRAS RAMÍREZ, J. M^a, Coord.), ed. Tecnos, Madrid, 2013.

RAMÍREZ, ÁNGELES: *La trampa del velo*, ed. Catarata, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ GUITÍAN, ALMA M^a: “Derecho al honor y persona jurídica” en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Coord.) ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA: *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. Un recorrido jurisprudencial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SALA FRANCO, TOMÁS; ALFONSO MELLANO, CARLOS L. y BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Relaciones laborales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

TAPIA BALLESTEROS, PATRICIA: *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

2. Artículos doctrinales

BORONAT TORMO, M^a MERCEDES: “Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación”, en Tirant *online*, 2012 [TOL 2.664.592].

DÍAZ PITA, M^a del MAR.: “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentados contra la integridad moral”, en *Estudios Penales y Criminología*, Vol. XX, 1997.

GARCÍA VÁZQUEZ, SONIA: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2013, 17:1 371-408.

PÉREZ ÁLVAREZ, SALVADOR: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?”, en *Foro, Nueva época*, núm. 13/2011: 139-187.

PÉREZ MACHÍO, ANA I.: “Concreción del concepto jurídico de *mobbing*, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 06-06, 2004.

RAMÍREZ NAVALIÓN, ROSA M^a: “La prohibición del uso del *burka* en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia, Sentencia del TEDH de 1 de julio, de 2014, rec. 43835/2011”, en Blog IDIBE, 2015.

RIESGO IGLESIAS, JOSÉ MANUEL: “Acoso moral en el trabajo”, en Cátedra Jorge Juan, Curso 2007-2008, A Coruña, 2010.

ROMERO RÓDENAS, M^a J.: “Acoso moral en el trabajo”, en Tirant *online*, 2014 [TOL 4.091.531].

Apéndice normativo

1. Derecho internacional

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- C111- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación).
- C158- Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

2. Derecho comunitario

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.
- Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

3. Derecho nacional

- Constitución Española.

- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

4. Derecho comparado

- *Loi n° 2010-1992, du 11 octobre 2010, interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (Francia).

Apéndice jurisprudencial

1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia sobre el *asunto Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia* [TEDH 2001/859]; Decisión sobre el *asunto Phull contra Francia* (núm. 35753/03, TEDH 2005-1); Sentencia sobre el *asunto Leyla Sahin contra Turquía*, de 29 de junio [TEDH 2004\46]; Sentencia sobre el *asunto Eweida y otros contra Reino Unido*, de 15 de enero [TEDH 2013\12]; Sentencia sobre el *asunto S.A.S contra Francia*, de 1 de julio [TEDH 2014\36].

2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia sobre el Asunto C-157/15 (Achbita / G4S Secure Solutions), de 14 de marzo [TOL 5.986.6790]

3. Tribunal Constitucional

STC núm. 24/1982, de 13 de mayo [RTC 1982\24]; STC nº 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983\77]; STC núm. 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984\34]; STC núm. 19/1985, de 13 de febrero [RTC 1985\19]; STC núm. 159/1986, de 16 de diciembre [RTC 1986\159]; STC núm. 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987\128]; STC núm. 107/1988, de 8 de junio [RTC 1988\107]; STC núm. 108/1989, de 8 de junio [RTC 1989\108]; STC núm. 123/1990, de 2 de julio [RTC 1990\123]; STC núm. 225/1993, de 8 de julio [RTC 1993\225]; STC nº 337/1994, de 23 de diciembre [RTC 1994\337]; STC núm. 139/1995, de 26 de septiembre [RTC 1995\139]; STC núm. 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997\204]; STC nº 11/1998, de 13 de enero [RTC 1998\11]; STC núm. 137/2000, de 29 de mayo [RTC 2000\137]; STC núm. 141/2000, de 30 de junio [RTC 2000\141]; STC núm. 39/2002, de 14 de febrero [RTC 2002\39].

4. Tribunal Supremo

STS nº 2849/2000, de 6 de abril [ECLI: ES:TS:2000:2849]; STS nº 804/2000, de 31 de julio [TOL 4.973.957]; STS nº 1116/2002, de 25 de noviembre [TOL 4.920.190]; STS nº 2709/2003, de 16 de abril [ECLI: ES:TS:2003:2709]; STS nº 3543/2005, de 1 de junio [ECLI: ES:TS:2005:3543]; STS nº 212/2006, de 7 de marzo [TOL 863.830]; STS núm. 802/2006, de 19 de julio [ECLI: ES:TS:2000:4495]; STS de 27 de enero de 2009 [RJ 2009\1048]; STS nº 494/2010, de 25 de enero [ECLI: ES:TS:2010:494]; STS núm. 693/2013, de 14 de febrero [RJ 2013/2613]; STS de 4 de diciembre (nº rec. 439/2014) [TOL 4.700.992]; STS núm. 5658/2014, de 16 de diciembre [ECLI: ES:TS:2014:5658]; STS núm. 204/2016, de 16 de marzo [RJ 2016\1618].

5. Tribunales Superiores de Justicia

Madrid: STSJ de 17 de diciembre de 2004 [TOL 558.646]; STSJ núm. 314/2007, de 17 de mayo [TOL 1.158.645]; STSJ nº 469/2011, de 4 de julio [ROJ 9338/11]; Islas Baleares: STSJ núm. 457/2002 de 9 de septiembre [AS 2003/2]; Islas Canarias: STSJ núm. 249/2007, de 2 de marzo [AS 2007\2275]; Cataluña: STSJ núm. 4021/2016, de 21 de junio [JUR 2016/187772]; Castilla-La Mancha: STSJ núm. 1432/2005, de 3 de noviembre [AS 2005\3329]; Comunidad valenciana: STSJ nº 2497/2007, de 5 de julio [TOL 1.179.019]; STSJ nº 618/2016, de 9 de marzo [TOL 5.742.024]; Andalucía: STSJ núm. 3333/2001, de 13 de noviembre [JUR 2002\53716].

6. Otros Tribunales

AP de Cádiz: Auto de 20 de octubre de 2000 [JUR 2001\25038]; AP de Madrid: Sentencia nº 344/2007, de 19 de octubre [ECLI: ES:APM:2007:18830]; Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca: Sentencia núm. 31/201, de 6 de febrero [AS\2017\8].