



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Despido laboral por el uso del velo islámico

Manuel Rodríguez Fraga

Tutor: Eloy Miguel Gayán
Rodríguez

Doble Grado en Derecho + ADE

6º curso - Año 2017

Índice

Índice de abreviaturas	3
Antecedentes de hecho	4
I. Introducción	6
I.1. Aspectos jurisdiccionales-competenciales del caso	7
I.2. Contexto jurídico-legal	8
II. La discriminación laboral por razones religiosas	10
II.1. La hipótesis del Burka o Niqab.....	19
II.2. La posición doctrinal ante supuestos de otras religiones	22
II.3. La reparación del daño moral.....	24
III. Sobre la legalidad del boicot civil	27
Conclusiones	30
Bibliografía	33
Apéndice legal y jurisprudencial	36

Índice de abreviaturas

art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
DTEDH	Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
fj.	Fundamento Jurídico
LCD	Ley de Competencia Desleal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
<i>op.cit</i>	Obra citada
<i>vid.</i>	véase
<i>v.gr.</i>	por ejemplo

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.”

CUESTIONES

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

I. Introducción

El presente Trabajo de Fin de Grado versa, a grandes rasgos, sobre dos asuntos cronológicamente sucesivos que, no obstante, desde una óptica jurídica resultan aparentemente inconexos.

A saber, en un primer momento se nos presenta un despido laboral motivado por la negativa de la trabajadora en cuestión a acudir a su lugar de trabajo sin su *hiyab*. La parte demandante (esto es, la trabajadora) aspira a conseguir un fallo favorable en forma de despido improcedente por causa “no objetiva”, léase discriminatoria por razones religiosas.

Sobre esta cuestión, con sus detalles, preguntas subsidiarias y consecuentes implicaciones jurídicas tratará la mayor parte del Trabajo. No obstante, pareciendo cerrado el trabajo, en el final del documento también se nos plantea para ser respondida otra cuestión que, como decimos, parece materialmente diferente. Esta es la hipotética legalidad del boicot que promovió cierta asociación civil frente a la empresa despidiente, como reacción al ya mencionado despido.

En cuanto a la metodología empleada y estructura de este documento, se ha optado primeramente por contextualizar unas nociones preliminares de Derecho español y Comunitario que creemos son relevantes para la correcta resolución de nuestro caso (epígrafe I). Posteriormente, en el epígrafe II se fundamentan las respuestas uno, dos, tres y cuatro, si bien el orden de las mismas se ha alterado: la segunda pregunta será nuestra cuarta. Consideramos que el trabajo resultará más comprensible siguiendo este orden. El epígrafe III versará sobre el mencionado boicot, que es la quinta y última pregunta del trabajo y, por último, en un epígrafe final se expondrán las conclusiones jurídicas que hemos alcanzado.

Como reflexión preliminar sólo nos cabe pues explicar la razón del porqué se ha escogido este caso como proyecto final de Grado, dado que ello precisamente radica en

esa aparentemente inconexión jurídica entre ambas cuestiones que se está mencionando desde el principio de esta introducción y que, a nuestro juicio, no es tal.

En realidad, creemos que en un plano más profundo los dos asuntos pivotan sobre una misma y mucho más interesante cuestión: ¿Debe ser el Derecho un mero instrumento sancionador de aquellas conductas que no agradan en un determinado momento y lugar a un determinado número de personas, o por el contrario debe admitirse que ciertas conductas que pueden parecerse repulsivas, caen dentro de la esfera moral que precisamente el Derecho debe encargarse de proteger y no sancionar? Esa es la cuestión subyacente en ambos supuestos, la relativa al fin último del ordenamiento jurídico, la que nos ha llevado a escoger este trabajo.

I.1. Aspectos jurisdiccionales-competenciales del caso

Primeramente, conviene encuadrar ambos conflictos desde la perspectiva elemental del juzgado o tribunal designado para conocer los casos, partiendo del aspecto más genérico (orden jurisdiccional) al concreto (juzgado competente propiamente dicho).

Ninguno de ellos nos presenta mayores problemas. El primer asunto, un despido, es paradigmático del Orden Social. Relacionando el artículo 93 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹, junto con el artículo 2.a de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social², no cabe la menor duda de que el juzgado, independientemente de su localización concreta, será uno de lo Social.

Para fijar en concreto el juzgado competente habrá que acudir primeramente a los escasos datos proporcionados por el documento. De él sólo extraemos que la demandante es lucense, pudiendo quizás inferirse que la empresa demandada también lo sea. Asumiendo esto como cierto, el artículo 10 de la mencionada LRJS proporciona cierta flexibilidad a la hora de seleccionar el juzgado. Siguiendo la misma un criterio territorial, para nuestro asunto podemos concluir con un gran grado de certeza que sería la sala de lo social del partido judicial de Lugo quien conozca el caso, dado que es en ese municipio donde presumiremos que se encuentra radicada tanto la empresa como la demandante.

En cuanto al boicot, la pretensión de la compañía sería en todo caso una de orden civil. No obstante, es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico existe un suborden de salas especializadas de lo Mercantil que, entre otras competencias, en virtud del Artículo 86 ter. 2.a) de la LOPJ se ocuparían de juzgar los boicots. Para llegar a esta conclusión, se ha de señalar que partimos de la interpretación preliminar de que estas conductas son reputadas, si acaso, como unas de competencia desleal, perturbadoras del mercado, y sancionadas por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³. En este aspecto no consideramos oportuno entrar en más detalles por el momento. Por último, eso sí, en relación al órgano juzgador en particular, señala la Ley 1/2000, de 7 de enero,

¹ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985; en adelante, LOPJ.

² BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011; en adelante, LRJS.

³ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991; en adelante, LCD.

de Enjuiciamiento Civil⁴, en su artículo 52.12º que “*en los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento (...)*”, quedando por tanto esta cuestión supeditada al mismo pequeño problema que nos encontramos en el párrafo tercero de este epígrafe: la falta de más información. Es por ello que, otra vez, sólo podemos suponer que el caso sería conocido por un juzgado de lo Mercantil lucense.

Perfilado el caso en cuanto a los aspectos jurisdiccionales-competenciales se refiere, procederemos ahora a realizar otra serie de valoraciones previas, e inevitables, sobre las fuentes de Derecho (y su prelación) que los actores podrían invocar en defensa de sus intereses.

I.2. Contexto jurídico-legal

Si bien los juzgados arriba referenciados habrán de conocer los dos casos conforme a las leyes españolas, interpretadas estas a la luz de los principios que emana nuestra norma suprema (Constitución Española⁵, *vid.* art.5 LOPJ), desde hace décadas el ordenamiento jurídico español está inmerso en un proceso de integración supranacional que responde al nombre de Unión Europea, y del que es preciso recordar brevemente varios aspectos.

El primero, que España ha quedado obligado en virtud de dos tratados firmados (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶) a ceder, en mayor o menor medida, ciertas competencias a las instituciones europeas. Entre ellas, la política social (*vid.* art. 4 y 153 TFUE).

El segundo, que aunque no es objeto de este trabajo entrar en el largo debate doctrinal entre constitucionalistas y comunitaristas, sí que debemos mencionar que actualmente se habla de una primacía⁷, que no supremacía, del derecho comunitario frente al nacional. Esto implica que una gran parte de nuestro ordenamiento jurídico (entre ellos, insistimos, el Derecho Laboral del que tratará este trabajo) no sólo es constantemente modificado o creado *ex novo* siguiendo las órdenes dictadas desde Bruselas, sino que, y esto es lo más importante, la ley nacional tiene que ser interpretada conforme a la doctrina jurisprudencial que vaya estableciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸ (*vid.* el art.4 bis LOPJ, que refleja el espíritu de la citada sentencia).

Que la política social sea una “competencia compartida” con la Unión implica que existe una obligación expresa de adaptación del ordenamiento jurídico interno de los Estados Miembros en la medida en la que instituciones comunitarias actúen en dichos ámbitos. Algo que, como acabamos de dejar entrever, ha venido haciendo. Por tanto, nuestro trabajo tiene una inevitable lógica europea. Es por ello que de antemano también será necesario tener en cuenta un penúltimo apunte previo de corte europeo: el relativo a la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE).

⁴ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000; en adelante, LEC.

⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante CE.

⁶ DOUE, C 83, 30 de marzo de 2010; en adelante TUE y TFUE.

⁷ Auto del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L, C-6/64, EU:C:1964:66.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, EU:C:1984:153.

Si ya hemos mencionado la obligación de interpretar las normas nacionales con espíritu europeo, nos falta por aclarar qué sucede en aquellos frecuentes casos en los que el juez no conoce o duda sobre la correcta aplicación del Derecho comunitario. En estas situaciones, la propia Unión Europea nos proporciona un mecanismo de consulta vinculante para el órgano emisor (y obligatorio de ser el último órgano de casación del país) al tribunal de Luxemburgo⁹.

Este aspecto de vinculación y obligatoriedad no es baladí. Aunque las cuestiones prejudiciales que se le plantean no pueden tener directamente, por su propia naturaleza, consideración de “cosa juzgada” para *todos* los estados miembros (al circunscribirse estrictamente al caso y la pregunta planteada), a menudo el TJUE interpreta el derecho de la UE de tal modo que deja poca discrecionalidad a los tribunales nacionales a la hora de aplicar dicho ordenamiento, de ahí que esta herramienta jurídico-legislativa nos resulte en la práctica muy importante para nuestro trabajo.

Diríamos más. Este penúltimo apunte sobre la cuestión prejudicial nos va a ser algo clave en el caso, hasta el punto de poder afirmarse que, gracias a dos cuestiones prejudiciales presentadas muy recientemente por el “Hof van Cassatie” belga y el “Cour de Cassation” francés (órganos análogos a nuestro Tribunal Supremo) tenemos las herramientas necesarias para proporcionar una respuesta altamente fiable sobre el devenir de este y otros casos similares que probablemente vayan a suceder el futuro.

Visto de otro modo, habrá de admitirse una utilización discreta por nuestra parte de la ya escasa jurisprudencia nacional en estos asuntos, dado que, sentada recientemente una nueva y clara doctrina por el alto tribunal (siguiendo además las recomendaciones previas de la Abogacía General) reparar en la casuística nacional pasada puede llegar a jugar en nuestra contra. No obstante, no rehuiremos de ella.

Decíamos penúltimo, y es que España también ha suscrito otro tratado de corte continental que es de vital importancia para nuestro caso: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁰. La consideración que le atribuimos a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es doble. Por una parte, porque sin ser este un instrumento de origen comunitario, el mero hecho de haberlo suscrito obliga igualmente a España a hacer cumplir los pronunciamientos que pueda dictaminar el TEDH. Sin embargo, la verdadera importancia de este Convenio la encontramos en otra circunstancia. Y es que la ya citada jurisprudencia comunitaria recurrentemente se inspira en los fallos de dicho tribunal, al haberse reconocido que la tutela de los Derechos Fundamentales recogidos en la CEDH también corresponde al TJUE¹¹(*vid.* art. 6.2 TUE). Es por ello que analizaremos esta jurisprudencia internacional con especial atención, si acaso más que la española.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c Ministero della Sanità, C-283/81, EU:C:1982:335.

¹⁰ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979; en adelante CEDH y TEDH para el tribunal.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969, Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt, C-29/69, EU:C:1969:57. Aun así, la UE también acordó hace una década crear su propia carta de Derechos, la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” en adelante CDFUE [Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010].

II. La discriminación laboral por razones religiosas

Como fácilmente se podrá observar, el presupuesto de partida se reduce a un problema de ponderación de dos derechos que suelen entrar en colisión: el derecho de una empresa a dirigir la actividad laboral conforme al artículo 38 CE y el art. 20.1 del Estatuto de los Trabajadores¹², frente al derecho fundamental a la libertad religiosa de sus empleados recogido en el art. 16 CE¹³.

Los conflictos laborales que surgen a raíz de la práctica de la religión musulmana en España tienen múltiples caras¹⁴. Aquí trataremos sólo el relativo al uso de simbología islámica en el ambiente de trabajo.

Eso sí, como adelantábamos, hemos de dejar la normativa nacional al margen, dado que la norma última sobre la que se va a cimentar esta polémica, quieran o no las partes, es una europea. Concretamente, hablaremos aquí sobre la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁵.

Mencionar brevemente que una directiva como la arriba mencionada siempre tiene eficacia directa frente a los ciudadanos, quieran o no los Estados transponerla correctamente¹⁶. Entendemos importante realizar esta pequeña aclaración previa a pesar

¹² BOE núm. 255, de 24 de Octubre de 2015; en adelante ET.

¹³ Este artículo fue posteriormente desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. En especial, *vid.* art. 3 [«BOE» núm. 177, de 24 de julio de 1980].

¹⁴ *vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L., y JIMÉNEZ-AYBAR, I.: “La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 274, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2006, p. 3-42.

¹⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L 303/16; en adelante “la directiva”.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979, Ratti, C-148/78, EU:C:1979:110.

de gozar ya en España de un precepto en el que se refleja dicha Directiva. Concretamente, en el artículo 17.1 del ET se prohíbe expresamente las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación “directa o indirecta” por motivos religiosos, pero como decimos entender este concepto correctamente es justo el objeto del que se ocupa la Directiva.

Por ello comenzaremos por identificar en tono europeo la raíz de este conflicto. Sólo tras analizar la norma con profundidad, es decir, la interpretación de este concepto de discriminación laboral “directa o indirecta”, podremos posteriormente aplicar nuestro Derecho nacional.

En primer lugar, podemos suponer que la primera y más agresiva defensa por parte de la empresa podría venir por el hecho de que en la norma de indumentaria ni siquiera se hace referencia a las convicciones religiosas o de otra índole como criterio a tener en cuenta: al limitarse solamente a describir una vestimenta universal de obligado cumplimiento para todos los empleados, la parte demandada podría argumentar que el despido ni siquiera tiene ningún cariz religioso, ergo la Directiva 2000/78/CE que lucha contra la discriminación laboral no es ni siquiera competente para el caso.

No obstante, esta primera argumentación no tendría probabilidad alguna de llegar a buen puerto. En primer lugar, porque conforme a la interpretación más aceptada del artículo 16 CE, la libertad religiosa es un derecho fundamental que no se agota en su dimensión interna, sino que también tiene una proyección externa¹⁷. En esa misma línea, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se proclama claramente la libertad de toda persona a poder manifestar su religión en público o en privado (art. 10.1 CEDH), y la misma esencia está recogida en el art. 9.2 CEDH.

Además, reforzando esta idea, el ámbito expreso de aplicación de la Directiva es claro. Precisamente con el objetivo general de proteger este derecho fue promulgada la misma¹⁸. Esta atañe a todas las personas, tanto al sector público como al privado, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido (art 3, apartado 1, letra c).

Por tanto, ante un conflicto entre un reglamento corporativo interno y un potencial menoscabo de este Derecho Fundamental, la Directiva es inexcusablemente competente para el objetivo que persigue, que como decimos consiste en crear un entorno de trabajo libre de discriminaciones religiosas independientemente de que el motivo de la empresa pueda ser honestamente funcional y no necesariamente antirreligioso.

Un breve paréntesis para añadir una complicación a mayores que podría ser planteada en estas fases preliminares del juicio que estamos dibujando. Es improbable, pero factible, que la defensa argumentase que Laura portaba el *hiyab* como mero gesto de protesta política o cultural, y no fruto de estas nuevas creencias religiosas que acaba de adquirir. Entraríamos así en la polémica que versa sobre qué conductas se engloban

¹⁷ STC de 11 de noviembre de 1996 [177/1996]. En su fj. núm.9: “esta libertad [la del art. 16.1 CE] incluye una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”.

¹⁸ Véase en especial los motivos 11 y 12 de la misma.

dentro del Derecho Fundamental a la libertad religiosa, y que la empresa buscaría convenientemente restringir.

Reflexionando sobre este hipotético supuesto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en unos de los primeros casos surgidos en Europa sobre esta polémica (del que hablaremos posteriormente), ya había aseverado muy acertadamente el problema de tal argumentación: el significado del velo sólo se puede entender con referencia a la persona que lo usa. Es un gesto inherentemente subjetivo *per se*, por lo que sólo puede aceptarse tal y como la persona en cuestión haya decidido.

Así, nos parece complicado argumentar por este camino, cuando además en la actualidad hay pocas dudas sobre la obligación genérica que tiene la mujer musulmana en relación a cubrirse su cuerpo¹⁹ conforme a las prescripciones religiosas del Islam. Sin ser este el lugar para realizar una exégesis del Corán, si acaso como anécdota relevante mencionar que el propio término *hiyab* proviene del verbo árabe *hajaba*, el cual se suele traducir directamente como “esconder” o “ocultar a la vista”.

Por lo que, cerrando el paréntesis, dado que para lo que nos interesa se puede probar en juicio que el despido de Laura por MACA S.A fue motivado *simplemente* por la prohibición de llevar su religioso (o no) velo islámico en el lugar de trabajo, el presente caso está ampliamente comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. **Respondiendo pues a la primera de las cuestiones, la demanda efectivamente tiene base jurídica**, en el sentido de que es cuanto menos procedente presentarla²⁰.

Así pues, entrando ya en materia, en el artículo 2.a) de mencionada Directiva se expone en primer lugar una definición de discriminación directa supeditada a un criterio claro: la existencia de una situación análoga en la que otra persona haya sido tratada diferente por los motivos recogidos en el artículo 1, entre los que se encuentra las convicciones religiosas. Prosigue la Directiva diferenciándola de la indirecta. Esta sucede “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción (...) respecto de otras personas*” (artículo 2.b). No obstante, el artículo continúa admitiendo que este tipo de conductas podrían llegar a ser admisibles si pudiese justificarse objetivamente la existencia de una finalidad legítima para la cual los medios adoptados fuesen los adecuados y necesarios.

Estas tres líneas legislativas resumen perfectamente la esencia de la cuestión. Un cariz excesivamente abierto de los preceptos (en especial el apartado 2.b) que dista mucho de solucionar por sí solos los problemas prácticos como el que aquí nos ocupa. Tal y como suele acostumbrarnos el Derecho, sólo tras pronunciaciones concretas de los tribunales podremos entender mejor el concepto y su correcta aplicación al caso.

¹⁹ DE MIRANDA AVENA, M.: “Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional” en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Ediciones Complutense, vol. 10, 2009, pp. 20-27.

²⁰ Empero, hemos de advertir que, conforme a la redacción del documento original, estrictamente hablando no creemos que la demanda tenga base jurídica por “despido improcedente”. Siendo rigurosos, estaríamos hablando, si acaso, de un despido “nulo” por ir en contra de los derechos fundamentales y libertades públicas. Véase epígrafe II.3 para un mejor análisis de esta afirmación.

No obstante, antes de comenzar con los aportes jurisprudenciales, para más complicación el artículo 4 nos profundiza en esta definición al pretender diferenciar (en ciertos contextos) la discriminación laboral de la mera “diferencia de trato”. Esta se daría cuando, por razones estrictamente profesionales, la conducta en teoría discriminatoria resultaría inevitable (“requisito profesional esencial y determinante”) para el correcto desempeño del trabajo. Así, una discriminación podría definirse como una diferencia de trato que no está justificada²¹.

Se puede detectar ya el primer gran problema al que nos enfrentamos en cuanto a la redacción de la Directiva se refiere, un problema que repetidas veces ha emergido en la jurisprudencia. Y es que, independientemente del significado preciso que se les atribuya a los conceptos de discriminación *directa o indirecta*, el artículo 4 no aclara si esas justificaciones válidas que las convierten en “diferencias de trato” serán idénticas para ambos supuestos.

Es decir, conforme a los principios generales del Derecho cabría esperar que los posibles motivos que pueden invocarse para justificar una “diferencia de trato” directa por motivos de religión no sean tan amplios como los que pueden justificar una diferencia de trato indirecta, pero esto es algo que se concluye gracias a la construcción jurisprudencial²² y no a la literalidad de la norma. Es por ello que la jurisprudencia más reciente que a continuación analizaremos tiene especial importancia.

Al fin y al cabo, vista la Directiva, quizás la estrategia de defensa de la empresa ante la competente demanda, mucho más sofisticada que la primera propuesta, sería ir por el camino facilitado en el ya mencionado artículo 4. De ser una práctica discriminatoria, en realidad podríamos estar ante una diferencia de trato justificada por “*un requisito profesional esencial y determinante donde el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado*”.

Sin embargo, en este precepto parece hablarse de esas profesiones en las que ciertas normas de indumentaria son fundamentales para su correcto desempeño, no precisamente el mero trabajo de dependienta de unos grandes almacenes. En efecto, si siguiésemos el criterio interpretativo más restrictivo, la jurisprudencia más reciente de Estrasburgo no había dudado en inclinarse a favor del empresario en estos casos²³. Pero no está tan claro que el caso que nos ocupa pueda inscribirse en este precepto.

¿Existe en la profesión de dependienta esa excepcionalidad justificativa requerida por la norma? En las citadas sentencias de Estrasburgo, el Tribunal consideró que la enfermera

²¹ Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2016:382, apartado 25.

²² Conclusiones de la Abogada General sra. Juliane Kokott, presentadas el 12 de marzo de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-83/14, EU:C:2015:170, apartado 73: “...los posibles objetivos a los que se puede aludir para justificar una diferencia de trato directa (...) están estructurados de forma mucho menos amplia que los que se aplican a la justificación de una diferencia indirecta de trato”.

²³ STEDH del 15 de Enero de 2013. Caso de Eweida y otros c. Reino Unido [48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10].

anglicana (Shirley Chaplin) que quiso portar su crucifijo ponía en peligro las normas básicas de higiene que eran indispensables para el trabajo, fallando en su contra, pero, en la misma línea, a la azafata copta Nadia Eweida se le permitió esta conducta inicialmente no permitida, fallando a su favor. Como vemos, en teoría estaríamos ante supuestos muy específicos, tales como hospitales, laboratorios, cocinas, fábricas u obras, donde las características intrínsecas del trabajo exigen cierta indumentaria inexcusable²⁴.

De hecho, la tendencia es clara. Sin contar estos casos de manifiesta excepcionalidad profesional, las pocas veces en las que la judicatura ha refrendado las pretensiones de las compañías fueron argumentando otros dos motivos de los que hablaremos con posterioridad.

Y es que, si bien en el Caso Eweida y otros se llegaba incluso a admitir que el deseo del empresario de transmitir una determinada imagen de empresa es “indudablemente legítimo” (*vid.* caso Eweida y otros, considerando núm. 94) y a lo largo de Europa antigua jurisprudencia había valorado positivamente la libertad del empresario para poder exigir ciertas normas de indumentaria neutrales con el fin de transmitir una cierta imagen a sus clientes, podemos afirmar que estas liberalidades de la empresa ya no son del todo permitidas. Al menos en un sentido estricto, podemos afirmar que en Europa el empresario no es del todo libre para fijar la imagen que desee.

Comencemos con un caso comunitario de muy reciente fallo²⁵, donde las pretensiones de la empresa demandada se vieron truncadas cuando un cliente de cierta empresa protestó al ver a cierta empleada, ingeniera de profesión, llevando velo en sus reuniones. Nuestra empresa en cuestión reacciona, tras infructuosa negociación con la empleada en cuestión, con el consecuente despido. La empresa simplemente consideró que primaba el deseo del cliente frente al deseo del trabajador, pero el TJUE entendió que debió haber sido al revés. Para la Gran Sala se produjo una clara discriminación directa por motivos religiosos.

Quizás este fallo entre en al menos aparente contradicción con el despido efectivo de Mr. McFarlane (Caso Eweida y otros). Aquí Mr. McFarlane fue despedido tras haberse negado a prestar determinados servicios a parejas del mismo sexo por sus convicciones cristianas, y el TEDH admitió que en este supuesto primaba el deseo del cliente que legítimamente deseaba los servicios de asoramiento.

Obviando este quizás polémico supuesto, en España²⁶, también hace muy poco tiempo se ha fallado a favor de la demandante en un caso muy parecido al de Asma Bougnaoui. Estamos hablando del despido improcedente de una azafata de tierra del Aeropuerto de

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203, *vid.* apartado 82.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA, C-188/15 Bougnaoui y ADDH [EU:C:2017:204].

²⁶ STSJ Islas Baleares del 6 de febrero de 2017 [2/2017].

Palma de Mallorca, Ana Saidi. También ella quiso llevar velo (y lo consiguió), a pesar de las pretensiones iniciales de la compañía.

Pero, sobre todo, existe ya un clarísimo precedente alemán fechado en Julio de 2003²⁷ en un caso idéntico al nuestro. En este litigio, unos grandes almacenes no supieron acreditar fehacientemente los perjuicios que en teoría le producía una empleada que quiso portar el velo islámico, resultando este fallo igual de desfavorable a las aspiraciones de la empresa.

Por último, en Italia (2004) también tenemos documentada otra polémica derivada de un despido por motivos religiosos²⁸. Fue la resolución unilateral del contrato de trabajo de una mujer musulmana y marroquí que trabajaba en un centro de cuidados. Esta vez el caso no llegó a juicio, porque el Ministerio del Interior obligó a revocar este acto. A su juicio, si el velo islámico es usado “sin ostentación” (sic.), no es más que otro símbolo inicuo de una identidad cultural y religiosa que merecía el respeto de las instituciones italianas.

Así pues, recapitulando lo expuesto hasta ahora y recurriendo a la técnica de la analogía podemos concluir, por lo pronto, que parece difícil que en nuestro caso se pueda argüir la “diferencia de trato” por motivos profesionales prevista en el artículo 4 de la Directiva. En cuestiones de funcionalidad, el velo no parece que pueda verse como un impedimento estricto para el trabajo de dependienta.

Eso no implica que el caso termine aquí. Como habíamos adelantado, la discriminación por razones religiosas aún quizás pueda ser legalmente admisible por algunos otros motivos justificados. Recuérdese en este sentido el artículo 2.b de la Directiva. En la práctica, la jurisprudencia prácticamente sólo ha admitido dos motivos: una pretensión explícita de neutralidad (léase laicidad) religiosa por parte de la organización, o bien por razones de seguridad pública.

Como esta segunda hipótesis no encaja bien con nuestro supuesto en concreto (pero sí que será vista en el siguiente epígrafe, cuando hablemos del Burka), nos centraremos ahora en el primero. Por ejemplo, estamos hablando aquí del famoso caso francés donde se dictaminó que en una guardería gestionada con financiación privada se puede imponer a su personal una vestimenta sin pañuelo islámico, por su decisión expresa de seguir una política de neutralidad religiosa²⁹.

Especialmente, es en el ámbito público donde este principio se ha protegido con mayor claridad. En estos espacios, el Tribunal de Estrasburgo sí que ha venido declarando posturas muy claras. Así, para dicho Tribunal es legítimo la prohibición impuesta en la enseñanza pública suiza a una profesora de niños, y lo mismo dictaminó en relación a

²⁷ LÓPEZ- SIDRO LÓPEZ, A.: “Despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes por llevar velo islámico (Comentario a la resolución del tribunal constitucional federal alemán de 30 de julio de 2003)” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, Iustel, Madrid, 2003, pp. 1-9.

²⁸ *vid.* BRIONES MARTÍNES, I.M.: “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 10, Ediciones Complutense, Madrid, 2009, p. 67.

²⁹ Arrêt n° 536 du 19 mars 2013, Caso «Baby Loup» [FR:CCASS:2013:SO00536].

una profesora universitaria asociada funcionaria en Turquía. También a una profesora de religión en una escuela pública de enseñanza secundaria o a una trabajadora social contratada en la unidad de psiquiatría de un hospital público francés (casos Dahlab c. Suiza, Kurtulmuş c. Turquía, Karaduman c. Turquía o Ebrahimian c. Francia respectivamente³⁰). En todos estos casos el leitmotiv había sido el proteger los “valores democráticos” o, mejor dicho, la neutralidad religiosa, léase laicidad, del Estado.

Numerosos autores se han mostrado críticos con estos dictámenes. Comenzando por Gutiérrez del Moral, esta autora afirma que la laicidad no debería ser haber sido interpretada en este sentido. Especialmente en el ámbito educativo, esta neutralidad frente a la religión no tiene porqué implicar una restricción a su juicio innecesaria de este derecho fundamental. Todo lo contrario, “la mera utilización de una prenda de vestir [por parte del profesorado o el alumnado] no puede interpretarse como actuación proselitizadora”³¹.

Concuerda con esta visión Relaño Pastor, quien defiende que “si el Tribunal Europeo mantiene como legítima la prohibición absoluta de llevar símbolos religiosos, entre ellos el velo islámico, estaríamos ante una concepción laica del Estado entendida en su expresión más combativa y divisora, nada respetuosa con la heterogeneidad multicultural, visible e incorporada a nuestro más inmediato progreso”³².

Nuestro último ejemplo (entre otros encontrados) será el de Martínez-Torrón³³, quien considera que la actuación del TEDH en esta materia es desafortunada, inconsistente y con poca visión de futuro, al entender que tras el principio de laicidad se esconde un énfasis tácito en reprimir a los practicantes de la religión islámica.

No obstante, se ha de señalar que el principio de laicidad se ha interpretado de maneras muy diferentes según el país en el que nos encontremos, y es exclusivamente una de estas interpretaciones la que ha sido criticada por los académicos arriba referenciados. A grandes rasgos se diferencian dos grandes posturas, la laicidad negativa y positiva.

La laicidad en sentido negativo es aquella que concibe las religiones más bien como una actividad relativamente peligrosa para la convivencia democrática. Es en realidad este tipo de sistemas, refrendados por el TEDH, los que han sido criticados por los anteriormente mencionados autores. Por razones históricas, los países paradigmáticos de

³⁰ DTEDH del 15 de Febrero de 2001, Caso Dahlab c. Suiza [42393/98]. DTEDH del 24 de Febrero de 2006, Caso Kurtulmuş c. Turquía [65500/01]. STEDH del 26 de Noviembre de 2015, Caso Ebrahimian c. Francia [64846/11]. DETDH del 3 de Abril de 2007, Caso Karaduman c. Turquía, [41296/04].

³¹ GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J: “A propósito del velo islámico ¿es posible una solución intercultural?” en Revista general de derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 24, Iustel, Madrid, 2010, p. 20.

³² RELAÑO PASTOR, E.: “Los temores del tribunal europeo de derechos humanos al velo islámico: Leyla Sahin contra Turquía” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 6, Comares, Madrid, 2005, pp. 213-240.

³³ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, núm.4, IMDEE, Madrid, 2009 p. 107.

esta visión son Turquía (véase el Estado laico fundado por Mustafa Kemal Atatürk³⁴) o Francia, donde se ha hablado de un sistema excesivamente rígido o asimilacionista³⁵.

Por otra parte, existe una tradición anglosajona de vertiente positiva que, lejos de ocultar la pluralidad religiosa, la respeta e intenta visibilizarla. Por ejemplo, en Reino Unido con carácter general se tiene a permitir portar toda índole de símbolos religiosos, ya sea en las escuelas, tribunales y otros edificios públicos. Allí encontramos de hecho un caso muy similar a los anteriormente expuestos³⁶. La peluquera Bushra Noah, a quien se le requirió que se retirase el pañuelo mientras estaba trabajando. Ganó el litigio al no probarse que la prohibición fuese un medio proporcionado para un fin legítimo, recibiendo una indemnización de 4000£.

En Estados Unidos, este principio de neutralidad religiosa tiende a ser interpretado de manera incluso más respetuoso en relación con conflictos laborales³⁷. Si bien en cuestiones más concretas de simbología no hemos encontrado casuística relevante, a la luz de la jurisprudencia en otros conflictos laborales consultados, ello no anula nuestra intuición de que el fallo sería favorable a la aquí demandante. Véase a modo de ejemplo el célebre conflicto *Sherbert v. Verner*, promovido por una trabajadora miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo día que, tras negarse por imperativos de conciencia a trabajar en sábado, es despedida. En paro, comienza a cobrar el subsidio de desempleo estatal mientras que rechaza otras ofertas para trabajar ese día de la semana. El Estado decide retirarle el subsidio, pero el Supremo le da la razón a la recurrente.

Irónicamente, como vemos, una prohibición que podría ser y es legalmente aceptada en muchos espacios públicos europeos parece que ha dejado de ser admisible en la mayor parte del sector privado. Vista la atmósfera jurídica, la única salida posible de la compañía pasaría por poder demostrar que la discriminación fuese de tipo indirecta, pero justificable de algún modo por una finalidad legítima.

De ser así, al parecer Laura no podría argumentar que el sacrosanto principio de proporcionalidad, exigido por la directiva, hubiese sido vulnerado. Aunque ciertamente uno puede pensar que previo despido de la empleada la empresa podría haber encontrado otros puestos de trabajo donde el velo no supusiese un problema para el empleador, la Directiva sólo contempla un supuesto estricto (discapacidad) en donde se exige a la misma adaptabilidad a las circunstancias.

En el resto de supuestos, sin duda podría verse como deseable la búsqueda del consenso entre la libertad de empresa y la libertad religiosa, pero según la Abogacía General de la Unión (véase apartado 110 del caso Samira achbita), la Directiva claramente no obliga a ello.

³⁴ KUKUCKAN, T: “Derecho y Religión en Turquía” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, Iustel, Madrid, 2012. pp. 1 a 17.

³⁵ MARTÍ SÁNCHEZ, J.M: “Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales” en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 28, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2012, pp. 139.

³⁶ Case Noah vs. Bushra Noah, nº 2201867/2007.

³⁷ CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América” en *Persona y Derecho*, núm. 53, Universidad de Navarra, Pamplona, 2005, pp. 354-355.

Sin embargo, en el Caso Asma Bougnaoui la correspondiente Abogada General discrepó³⁸. Para la Abogada Eleanor Sharpston la proporcionalidad de la medida efectivamente puede variar, y debería hacerlo en función de las dimensiones de la empresa de que se trate (*vid.* apartados 125-128 de las Conclusiones). De todas, veremos ahora cómo en nuestro caso la discriminación ya no es *justificable*, por lo que no cabe hablar del principio de proporcionalidad alguno.

Y es que el citado artículo 2.b) que habla de la discriminación indirecta advertía que, aún siendo el legítimo el fin en cuestión, los medios tendrán que ser “*adecuados y necesarios*”. En otras palabras, si el fin de la norma de indumentaria es homogeneizar la imagen de la empresa, sólo cabe esperar que la conducta que la misma impone para conseguir este fin se cumpla de manera coherente y sistemática a todos los trabajadores. De lo contrario, ese fin que aparentaba legítimo se torna sin duda en una oculta indiscriminación indirecta: no sería más que una vulneración del principio de neutralidad religiosa que acabamos de explicar.

Esta exigencia de coherencia, fundamental para materializar el principio de igualdad de trato, ha sido múltiples veces respaldada por el TJUE, y especialmente en el muy reciente caso Achbita, donde la situación de partida era casi idéntica³⁹. El principio de igualdad de trato sólo podría ser sacrificado bajo una sólida argumentación, coherente y sistemática, que justifique ese daño siempre proporcionado (por ejemplo, entiende la citada Abogacía europea que le parecería comprensible que las pacientes mujeres puedan exigir ser atendidas por personal femenino tras una violación).

En nuestro caso, la clave radica por tanto en que la demandante probablemente podrá probar que existían trabajadores a los que se les permitió expresar su religión en la vestimenta sin ningún motivo excepcional que lo justifique. Así, estimamos que se ha producido una discriminación por razones religiosas.

Eso sí desistimos de realizar una separación taxativa entre los dos tipos de discriminación. Siguiendo las valoraciones de la Abogacía General en el caso Achbita, donde la empresa fue absuelta por sí respetar el principio de neutralidad, sorprendente se infiere que la discriminación sería de tipo directa de no haberse respetado dicho principio. No obstante, esta separación conceptual no la hemos encontrado lo suficientemente clara en la jurisprudencia comunitaria como para poder afirmarla con certeza, hasta el punto de que nosotros consideramos que la cometida en nuestro caso es de tipo indirecto, a tenor de la literalidad del artículo.

Lo que sí, en todo caso la demanda no sólo nos parece tener base jurídica, sino que, acorde a la jurisprudencia comunitaria, **será probablemente favorable a los intereses de Laura.**

³⁸ Conclusiones de la Abogado general Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 13 de julio de 2016, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA, C-188/15 Bougnaoui y ADDH, C:2016:553.

³⁹ *vid.* sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203, apartados 40 y 41.

Un último apunte. Nuestra postura no ha de interpretarse necesariamente como si Laura tenga o vaya a recuperar inmediatamente su puesto de trabajo. A nuestro modo de ver existen tres alternativas posibles.

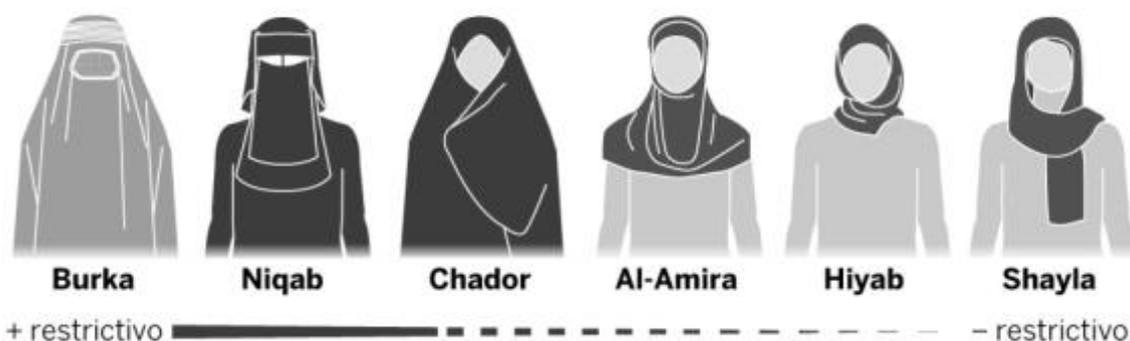
Una, en aras de la coherencia exigida por la jurisprudencia comunitaria, sería que la empresa readmitiese a Laura junto a sus compañeros, asegurándose que estos también dejarían de llevar sus respectivos símbolos religiosos. Sería la ya citada propuesta de la *neutralidad religiosa*, amparada por la más reciente jurisprudencia europea.

La segunda, a la que acuñaremos como la de la *tolerancia religiosa*, representa justo la contraria a la anterior. Se permitirían en la empresa toda clase de símbolos en la vestimenta mientras no dificulten el desempeño profesional. Dada las circunstancias, no parece la alternativa más probable.

Por último, la tercera de las posibilidades, que será tratada posteriormente, corresponde a la readmisión de Laura por parte de la empresa para la inmediatamente sucesiva baja voluntaria. De este modo Laura no tendría que volver a su puesto pero sin peligrar por ello su correspondiente indemnización, algo que tampoco peligraría en las otras dos alternativas. Quizás esta sea la más probable.

II.1. La hipótesis del Burka o Niqab

Tipos de velo islámico



Cuando hablamos de un burka (o, indistintamente, *niqab*) nos referimos a una especie de funda amplia que cubre totalmente el cuerpo de la mujer, con una única rejilla en los ojos. Su procedencia se encuentra en algunas tribus afganas⁴⁰, por lo que en primer lugar tenemos que destacar que esta prenda obedece más bien a tradiciones y prácticas culturales de determinadas zonas geográficas y minoritarias dentro del Islam. De hecho, apenas hay 2000 mujeres que lleven Burka en Francia, mientras que en España los casos no se creen que lleguen a la decena. En este contexto, la escasez jurisprudencial al respecto de este supuesto no debe extrañarnos.

⁴⁰ VIDAL GALLARDO, M.M: “Símbolos religiosos y señas de identidad” en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2015, pp. 333.

Para discernir si en términos legales existiría una diferencia jurídica que en términos físicos es indudable, creemos importante enfocar el caso suponiendo de antemano que Laura estaría *libre* de ataduras a la hora de adoptar la decisión de llevar puesto un Burka o Niqab. En este sentido, entenderemos aquí la Libertad de Laura como un concepto interpersonal, un derecho negativo a que nadie en concreto (no en abstracto) pueda coaccionarla a llevar esta prenda. Es decir, las conceptualizaciones actuales de corte neomarxista de la Libertad que incluyen el condicionamiento de clase, cultural o social como factores que coartan la Libertad no serán tenidas en cuenta.

Esto tiene su razón de ser. Precisamente una de las tácticas político-legislativas que inicialmente adoptaron numerosos países de nuestro entorno (Bélgica, Francia, algunos Lander alemanes, Holanda, Austria...⁴¹) a fin de argumentar la prohibición genérica de uso de estas prendas en lugares públicos fue la supuesta falta de libertad de las mujeres musulmanas en este aspecto. Por citar un solo ejemplo, Suecia autorizó la prohibición del burka en 2003 inspirándose en los valores comunes de igualdad de sexos y de respeto a los principios democráticos. En la misma línea, el Consejo de Europa⁴² invitaba a las mujeres musulmanas abandonar esta práctica por representar una amenaza contra la dignidad y la libertad de las mujeres, además de no asegurar que no es representativa del Islam.

Como vemos, el caso tiene un marcado sentido político. En esta atmósfera diversos autores españoles han llegado a argumentar su prohibición en que el velo integral es en sí mismo un elemento de discriminación de la mujer, donde ya no cabe hablar de lesión o limitación de ningún derecho fundamental⁴³. Siguiendo a Areces Piñol⁴⁴, la prohibición respondería a una “necesidad social imperiosa en una sociedad democrática”.

Para nosotros, en la medida en la que su novio Alí o cualquiera otra persona no la haya obligado a portar esta prenda, la decisión de Laura la consideramos libre. Sólo bajo esta interpretación puede entenderse este conflicto de *libertad* religiosa que se nos presenta. Esta es además la interpretación adoptada por la escasísima jurisprudencia nacional al respecto.

Así, en un reciente caso sucedido en Lérida, donde una ordenanza municipal pretendía prohibir el burka en espacios públicos, el fallo del TSJ tuvo que partir de la tesis inicial de que llevar *burka* puede ser perfectamente un signo *libre* de carácter religioso y que la norma podría constituir una lesión efectiva del derecho a la Libertad religiosa⁴⁵.

⁴¹ Para un estudio exhaustivo de derecho comparado europeo en torno a este asunto, *vid.* ARECES PIÑOL, M.T: “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1 a 52.

⁴² Resolución núm. 1743 del Consejo de Europa (2010).

⁴³ *vid.* ARENAS RAMIRO, M: “Corramos un tupido velo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, sobre el uso del burka” en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 30, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2014, pp. 143.

⁴⁴ ARECES PIÑOL, M.T: “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, Iustel, Madrid, 2013, pp. 1 a 57.

⁴⁵ STSJ Cataluña de 7 de junio de 2011 [489/2011] fj. núm. 2.

En este sentido podríamos comenzar señalando que creemos que del análisis realizado en el anterior epígrafe ya se podría inferir una respuesta elegante que apoyaría la noción de diferencia de trato y no de discriminación en este supuesto, sin necesidad de entrar en todos estos otros aspectos problemáticos inherentes a la decisión de llevar un Burka en Occidente.

Siguiendo la interpretación más restrictiva del artículo 4 de la Directiva, nos parecería claro que despedir a una dependienta por llevar burka no sería considerada una conducta discriminatoria: huelga decir que, sin un contacto directo a rostro descubierto con el cliente, el trabajo a duras penas puede realizarse, ergo si Laura decide llevar un Burka en su rutina diaria ejercerá su derecho intacto a la libertad religiosa, pero esa misma libertad será la que le impida desempeñar ciertos trabajos específicos, tales como dependienta de unos almacenes.

Esta misma interpretación, si bien en un contexto considerablemente más amplio, es la que exactamente ha adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para admitir la compatibilidad de la prohibición absoluta de llevar Burka o Niqab en espacios públicos en Francia con la Carta Europea de Derechos Humanos. Como decíamos anteriormente, no es objeto de este trabajo analizar toda la problemática del Burka, pero sí podemos destacar el punto clave del fallo⁴⁶, que influye directamente aquí. Así pues, en el ámbito más general que representa la vida pública, el Tribunal con sede en Estrasburgo estimó, tras desestimar otros argumentos, que el rostro juega efectivamente “un papel importante en la interacción social”, por lo que el Burka o Niqab representa una amenaza real a la convivencia. Este aspecto clave fue el que inclinó la balanza a favor de la prohibición, si bien el Tribunal insistió en que el velo integral es una expresión más de una identidad cultural que contribuye al pluralismo de la que se nutre la democracia, y que como tal no debería ser genéricamente prohibido.

De todas formas, adelantábamos anteriormente que uno de los dos motivos por el cual una limitación al Derecho de Libertad Religiosa podría ser justificable era salvaguardar la seguridad pública. Al fin y al cabo, la doctrina ha venido considerando⁴⁷ que los Derechos del Convenio de Roma pueden clasificarse en tres grandes grupos: intangibles o inderogables, de carácter general y aquellos que se pueden restringir, como nuestro 9.2 CEDH.

Así, este artículo 9.2 CEDH ya nos advierte claramente de antemano que este Derecho Fundamental podría ser siempre restringido por condiciones previstas por la ley, “siempre que 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”. Asimismo, a raíz del este precepto la jurisprudencia citada del TEDH ha establecido las exigencias que dicha restricción debe cumplir: restricción prevista por ley, fin legítimo, y ser necesaria en una sociedad democrática.

⁴⁶ STEDH del 1 de Julio de 2014. Caso S.A.S c. Francia [n° 43835/11], fundamento núm. 112.

⁴⁷ GOMEZ SANCHEZ, Y: “El pañuelo islámico la respuesta europea” en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2012, pp. 143-169.

Es cierto, empero, que España aún no se encuentra dentro de la lista de países que ha prohibido explícitamente el burka en lugares públicos. De todas formas, como hemos visto, en la legislación española en materia de seguridad ya empezaron a surgir normas para que las autoridades puedan identificar a quien, eventualmente, oculte su rostro, por cuestiones de seguridad pública⁴⁸. Si se considera previsible esperar una ley de ámbito nacional de este estilo, de ser ese el caso nos parecería evidente que, con más razón, la empresa podría hacer uso de su libertad para despedirla, dado que difícilmente podría entenderse que una prenda prohibida en lugares públicos fuese tolerada en el ámbito privado de una empresa dedicada al consumo.

Por lo pronto no existe dicha ley, pero como decimos tampoco nos parece necesaria para limitar esta expresión de la libertad religiosa *en el ámbito laboral*. Continuando con el caso de Lérida, si bien el Supremo⁴⁹ es el primero que admitió que el TEDH no proporciona una pauta inequívoca y segura que resuelva esta polémica y, es más, advierte que su fallo no responde a si en el marco de nuestro ordenamiento jurídico cabe una prohibición total del velo integral, su postura final converge con la interpretación más reciente de la jurisprudencia internacional.

Igual de precavido se muestra Motilla de la Calle, que si bien se muestra partidario de la prohibición en lugares públicos, no apoya una prohibición general del burka. Para este autor, ir más allá de la construcción jurisprudencial caso a caso no sólo no respetaría suficientemente la autonomía de la mujer que libremente decidió llevar esta prenda, si no que podría tener un efecto perjudicial en la integración social de la mujer⁵⁰. En todo caso, repetimos, a la luz de la jurisprudencia del TEDH **nos resulta muy difícil imaginar que el empresario se viese judicialmente obligado a readmitir a una Laura con burka**. Con bastante seguridad podemos afirmar que no ha habido un solo caso al respecto hasta la fecha.

II.2. La posición doctrinal ante supuestos de otras religiones

A tenor de lo anteriormente expuesto, podemos determinar que el primer criterio jurisprudencial internacional que se está siguiendo a la hora de no tolerar simbología religiosa en el ámbito laboral sería el previstamente ya dibujado por el manido artículo 4: las características intrínsecas del trabajo en cuestión y el contexto en el que este se ha de realizar. Es ese el criterio que impidió a Shirley Chaplin llevar su crucifijo en el cuello, al comprometer sus funciones laborales.

Más allá de este criterio de funcionalidad digamos “laboral”, de la jurisprudencia de tipo laboral sólo se puede insinuar que existe una especie de escala tácita de los elementos

⁴⁸ Como breve paréntesis, señalar que una instrucción del Ministerio de Interior ha puesto fin en torno a la polémica posibilidad de que las mujeres puedan llevar hiyab en la foto del DNI. Esta prenda es admisible, pero no el burka.

⁴⁹ STS 14 de Febrero de 2013 [693/2013].

⁵⁰ MOTILLA DE LA CALLE, A.: “La prohibición del burqa islámico en Europa y en España reflexiones “de iure condendo” en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Editorial Alfonsópolis núm. 28, Madrid, 2012, pp.196.

religiosos en función de su tamaño y vistosidad que determina su permisividad⁵¹ (sin olvidar, en primer lugar, la dicotómica política de empresa que el Tribunal admite: neutralidad efectiva o tolerante). Mientras que parece quedar claro que nadie nunca podrá llevar un burka y ser dependiente, la azafata Nadia sí pudo al final portar su pequeña cruz colgante. Asimismo, Laura parece estar legalmente amparada para acudir a su puesto de trabajo con su hiyab. Inspirándose en este principio al que nosotros denominamos “funcionalidad”, nos resultan interesantes tres sentencias históricas del TEDH en las que se fue pronunciando sobre varias situaciones (eso sí, no laborales) de los demandantes.

La primera es la decisión de inadmisión *Mann Singh c. Reino Unido*⁵². En ella, se planteó el problema del practicante sij que quiso aparecer con su turbante Sij en la fotografía de identificación de su carné de conducir. La medida, no nos extraña a estas alturas, fue considerada justificada por el tribunal, a pesar de que posteriormente la legislación británica circulatoria ha incluido importantes excepciones para esta comunidad religiosa (recuérdese el concepto de laicidad positiva).

En otro caso el tribunal sí que había podido pronunciarse a favor del demandante. Es el caso *Ahmet Arslan c. Turquía*⁵³. En una vista, los demandantes (miembros de una secta musulmana llamada “Aczimendi”) comparecieron portando sus turbantes, túnicas y bombachos negros. Ante la solicitud de los funcionarios de que se descubriesen en presencia del Tribunal, algunos de los acusados se negaron a hacerlo. El Tribunal entiende que en este caso de la violación del derecho fundamental no estaba lo suficientemente justificada, dado que no existía ningún peligro potencial a la seguridad pública en su conducta.

Por último, otro caso interesante nacido por motivos de seguridad pública fue el Caso *Phull c. Francia*⁵⁴, donde un demandante de confesión Sijh interpuso demanda tras obligársele a quitar el turbante para pasar por un scanner en el aeropuerto por motivos de seguridad pública. En esta ocasión el TEDH volvió a mostrarse intransigente con las pretensiones del demandante.

Como vemos, ciertamente no podemos afirmar con certeza que sucedería en el ámbito laboral en otros casos de otras religiones, aunque sólo sea por el hecho de que en primer lugar es el empresario quien determina si nace el conflicto o no. La casuística es potencialmente infinita y, en este sentido, la kippa quizás nos parece algo permisible. Los símbolos religiosos pequeños quizás incluso puedan ser más tolerables que una prenda que cubra la cabeza, como un turbante *dastar*, pero no vemos del todo clara la postura jurisprudencial al respecto.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, EU:C:2017:203, *vid.* conclusión nº2.

⁵² STEDH de 21 de Febrero de 1996. *Caso Singh c. Reino Unido* [23389/94].

⁵³ STEDH de 8 de Julio de 1999. *Caso Arslan c. Turquía* [23462/94]. Para un comentario de la sentencia, *vid.* LÓPEZ MEDINA, A.F: “Detrás del velo. Prohibiciones respecto a las vestimentas en el tribunal europeo de derechos humanos” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, Iustel, Madrid, 2011 pp. 3-8.

⁵⁴ DTEDH de 11 de Enero de 2005. *Caso Phull c. Francia*. [35753/03].

No obstante, en España sí que existe un precedente que se ajusta muy bien a nuestras intuiciones⁵⁵.

Fue el caso del conductor judío de autobús *municipal* al que tras años portando su kippa, se le prohibió llevarlo en horas de trabajo por cuestiones de uniformidad. Sin duda un caso muy parecido al nuestro. Parece que en este caso primó el principio de laicidad positiva.

En una idéntica argumentación a la que vendría de Europa muchos años después, el Constitucional no sólo no encontró probado perjuicio alguno en el desempeño de sus funciones que justificase la prohibición, sino que dado que la empresa era además de carácter público “*más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales*”, falló favorablemente para los intereses de nuestro conductor. Por tanto, **todo parece indicarnos que un kippa o pequeño crucifijo serían jurídicamente vistos como realidades sustancialmente idénticas al hiyab.**

II.3. La reparación del daño moral

Decíamos anteriormente que a nuestro juicio el despido sería en todo caso nulo, esto, es, inexistente por vulneración de derechos fundamentales. Tan sólo adelantábamos que, ante un despido de esta índole, la empresa tendrá la obligación de readmitir a la empleada, pero nada se habló allí de la indemnización, si la hubiere. A tenor de la segunda pregunta que se nos plantea en el documento de partida, es momento ahora de concretar este supuesto indemnizatorio.

Quizás haya que aclarar en primer lugar por qué consideramos que estamos ante un despido nulo y no uno improcedente (que es, no olvidemos, lo que según el documento aspira Laura a conseguir). Uno de estos últimos sólo se produce cuando el empresario no puede acreditar el incumplimiento alegado (art 55.4 ET). Aquí la verdadera cuestión es distinta. El incumplimiento, la falta de disciplina o de rendimiento (sic) es de hecho palpable y demostrable, pero es que esta conducta se deriva de una de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Directiva, por lo que el despido es, si acaso, nulo, no improcedente (art 55.5 ET).

En todo caso, en la práctica jurídica procesal lo habitual es pedir despido nulo o subsidiariamente improcedente. En cuanto al despido “improcedente”, que repetimos que es lo que según el documento al parecer aspira Laura a conseguir, ya lleva inherentemente consigo una contraprestación económica compensatoria. Nada ha de extrañarnos en esto, al no ser más que una materialización concreta del principio de reparación de los daños y perjuicios causados por responsabilidad contractual (art. 1101 CC) que rige en cualquier Derecho civil.

⁵⁵ STSJ Islas Baleares de 9 de Septiembre de 2002 [390/2002], *vid.* RODRIGUEZ CARDO, I.A: “La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español” en *Direitos fundamentais & justiça*, núm. 15, Rio Grande do Sul, 2011, p.37.

Teniendo un contrato laboral injustamente resuelto, el Estatuto de los Trabajadores nos habla en estos casos de treinta y tres días de salario por año de servicio hasta un máximo de 24 mensualidades de indemnización (art. 56.1 ET). Asimismo, se ha de añadir los salarios dejados de percibir en el transcurso del litigio (art. 56.2 ET). Esta es, digamos, la cuantificación objetiva del daño producido que la ley nos proporciona ante un mero despido improcedente.

En caso de un despido nulo, que insistimos es lo que a nuestro juicio se ha producido, la situación es ligeramente diferente, dado que no conlleva que la empresa pague ninguna indemnización. Aquí, el trabajador es simplemente readmitido en la empresa y tan sólo se admite la mera remuneración previa de los salarios no satisfechos (art 55.6 ET).

Sin embargo, lo que se nos cuestiona es si un trabajador al que se le extingue su contrato de trabajo ya sea por la vía del artículo 55.6 ET o del 56.1 ET, sin derecho a ninguna indemnización legalmente establecida o con derecho a ella respectivamente, tiene derecho además a una por daños y perjuicios al amparo del artículo 1101 CC, esto es, si cabe la posibilidad de que existan daños distintos que puedan ser objeto de reparación adicional e independiente.

El principio que estaría detrás de estas dos pretensiones sería el manido “reparación integral del daño”, de corte jurisprudencial, conocido también por su expresión latina «*restitutio in integrum*», por el cual se admite en ocasiones la existencia de daños no patrimoniales, sin traducción equivalente pecuniaria posible, pero que aun así se habrán de intentar compensar por el demandado⁵⁶. Desde el punto de vista procesal, la pretensión indemnizatoria y la de nulidad o improcedencia del despido habría de venir en el marco de un mismo y único proceso por despido o podría estimarse la excepción de inadecuación de procedimiento del artículo 416.4 LEC.

Dos cuestiones preliminares más. La primera, que la existencia de un “daño moral” digno de reparación es algo ya contemplado en otras ramas de nuestro derecho positivo, aunque no se encuentre específicamente recogido en nuestro Código Civil (v.gr. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, o 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).

Otra aclaración preliminar, más compleja, es la relativa a la ya mencionada cuantificación. Por definición, la jurisprudencia admite reiteradamente que esta no podrá seguir criterios económicos, sino que su valoración será esencialmente subjetiva⁵⁷. Más que una ciencia, estamos ante un arte en la ponderación razonable de las circunstancias del caso por parte del órgano de instancia, que es quien fija la misma, sin perjuicio de recurso bajo ciertos supuestos.

Mencionadas estas dos características preliminares, de antemano nos parecería previsible esperar también que en el orden social puedan llegar a decretarse medidas resarcitorias de esta índole. Así es. Por ejemplo, ante una resolución de contrato

⁵⁶ NAVEIRA ZARRA M.M: Principios generales de la reparación de daños y perjuicios, en <<https://app.vlex.com/#vid/principios-generales-reparacion-perjuicios-294151>>

⁵⁷ vid. ACCIARI, H: *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, p. 570.

voluntario por causa justa (cuya indemnización equivale a la del despido improcedente), derivada de un incumplimiento empresarial grave en materia de seguridad laboral que supuso dos agresiones sexuales a la trabajadora, la demandante pudo finalmente recibir una contraprestación compensatoria a mayores de la legalmente prevista⁵⁸.

Anteriormente, la jurisprudencia se había mostrado reacia en este aspecto. Es decir, consideraba que la indemnización por daño producido por todo tipo de daños iba ya incluida en la prevista por ley, al menos en cuanto a resoluciones voluntarias del contrato de trabajo. Fue alrededor de 2006 cuando se produjo un leve cambio doctrinal en materia de compatibilidad de indemnizaciones por extinción de contrato laboral y por daños y perjuicios, supeditado a que haya sido violado un derecho fundamental.

Es decir, no se deduce una indemnización automática⁵⁹. En otra importante sentencia laboral, el Tribunal Constitucional recordaba que cuando se vulnera un derecho fundamental en el ámbito laboral y se reclame indemnización adicional *“además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo que queden acreditados en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena”*⁶⁰,

Y con esta postura ya más recientemente se ha empezado a estimar más indemnizaciones cuantiosas ya no sólo en contextos de resoluciones voluntarias de contrato por causa justa, sino también en muchos despidos nulos de diversa índole, tales como por vulneración de la integridad moral de la persona⁶¹, discriminación directa por razón de discapacidad⁶² o discriminación por razón de sexo⁶³.

Como vemos, **no parece haber razón a priori para desestimar esta segunda pretensión de Laura, siempre que pueda probar el daño sufrido** en el ambiente laboral. El episodio de depresión aguda diagnosticado posteriormente, que se da por supuesto en el documento inicial, para más que suficiente para este propósito.

⁵⁸ STS del 20 de Septiembre de 2007 [STS 6575/2007].

⁵⁹ GINÈS I FABRELLAS, A: “La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios” en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1(enero), Barcelona, 2008, pp. 1 a 10.

⁶⁰ STC de 24 de julio de 2006 [247/2006]. Fundamento jurídico núm. 7.

⁶¹ STS del 5 de Febrero de 2013 [817/2013].

⁶² SJSO Barcelona de 23 de diciembre de 2016 [472/2016].

⁶³ STSJ Madrid de 18 de mayo de 2012 [STSJM 446/2012].

III. Sobre la legalidad del boicot civil

Ya en último lugar, y siguiendo con el enfoque analítico adoptado en el epígrafe número dos (y en general en este trabajo), conviene advertir aquí que nuestra última respuesta se va a circunscribir otra vez exclusivamente al asunto preguntado. Para ello, primeramente será menester delimitar correctamente el objeto de la misma, a fin de así excluir ulteriores preguntas que, como decimos, no consideramos oportuno responder.

Tras estudiar el asunto en concreto, desistimos de comenzar recurriendo el concepto jurídico de Boicot en su más amplia forma, para luego ir descendiendo del tipo más general al concreto a lo largo de la exposición, como podría parecer recomendable. Nos parece que analizar la literatura académica de este punto carece de sentido expositivo.

Nuestra razón radica en una diferencia fundamental de nuestro caso que hace irrelevante analizar otras clases de boicots. Tanto es así, que en cierto modo nos ha sorprendido la frecuente utilización de este mismo término (“boicot”) para describir dos tipos jurídicos sustancialmente diferentes, algo que puede dar lugar a confusión.

Etimológicamente la palabra nace a finales del siglo XIX, asociada más bien a ese segundo tipo de práctica que aquí no se tratará: ante la negativa del capitán Charles Boycott a bajar el precio de ciertos arrendamientos, una asociación política de la localidad en cuestión propuso negarse pacíficamente a proveer a este capitán el mayor número de servicios posibles: ni los comerciantes, ni sus jornaleros, ni siquiera el cartero debería ir entregarle sus cartas. El éxito fue tal que, ante su reluctancia a abaratar el precio, nuestro capitán acabó por marchar del pueblo en cuestión.

Esta práctica fue quizás lo que podríamos denominar a fines expositivos un boicot mixto, a caballo entre un boicot *civil* orquestado por consumidores (como nuestro caso) y el boicot empresarial puro perpetrado por trabajadores o empresarios. Por lo general, he aquí la cuestión, el boicot que ha sido objeto de estudio por la doctrina es el boicot

empresarial como acto de competencia desleal, es decir, aquel que tiene “consecuencias concurrenciales.” No es el caso que aquí nos ocupa⁶⁴.

En nuestra legislación, si bien es cierto que desde un punto de vista subjetivo la Ley de Competencia Desleal incluye como potencial infractor a toda persona que participe en el mercado (artículo 3 LDC), para que una conducta fuese reputada desleal, objetivamente, la citada ley exige además que esta conducta “se revele objetivamente idónea para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero” (artículo 2.2 LDC). Este requisito no parece encajar de ningún modo en nuestro supuesto, y en este mismo sentido se pronuncia Emparanza Sobejano en relación a los boicots que sean promovidos por asociaciones de consumidores. Este tipo de conductas no son, en principio, objeto de la Ley.

Y, aun así, brevemente debemos hacer la reflexión de que, de haber sido uno de esos boicots *con consecuencias concurrenciales*, tampoco está este definido expresamente en ninguna ley de nuestro derecho ni en ninguna otra de nuestro entorno. Esta es una compleja construcción jurisprudencial heterogénea derivada de la cláusula general de competencia del artículo 5 de la LDC, por lo que hasta podríamos agradecer la sencillez de nuestro supuesto a tratar.

Claro que, evidentemente, dentro de la casuística de los boicots puede haber supuestos que nos generen dudas. Aunque en principio reiteramos que el boicot civil simplemente se englobe dentro de la plena libertad del consumidor para cambiar sus preferencias (siempre cambiantes) de consumo en función de la información adquirida, al ser indudable que estos pueden llegar a suponer un importante perjuicio económico a la empresa diana, en la medida en que estos estén realmente motivados por empresas ocultas sí que podrían ser reputadas conductas desleales. Si ese fuere el caso, correspondería al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas (art. 217.4 LEC).

Este podría haber sido el caso de la sentencia STS núm. 51/2005 de 3 febrero de 2005⁶⁵. La Revista Eroski realizó un estudio comparativo de quesos por el cual cierto producto quedó en la peor posición, insinuando además que en el mismo se identificó el germen de la listeria. Si bien el fallo del TS fue desfavorable a las pretensiones de la empresa quesera al considerar que este supuesto escapa del ámbito de aplicación de la Ley 3/1991, a nosotros, conforme a la ley nos parece dudoso desligar del todo a la mencionada revista del gran grupo de distribución del que es miembro.

Rubí Puig es de la opinión contraria. Para el autor, hubiera sido preferible calificar la conducta como un mero acto de competencia pura para, después, afirmar su licitud, esto es, negar su deslealtad⁶⁶.

⁶⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A: *El Boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 115-200. El autor descarta por norma general los boicots orquestados por asociaciones de consumidores por diversas razones que se detallarán a continuación.

⁶⁵ STS de 3 febrero de 2005 [51/2005].

⁶⁶ RUBÍ PUIG, A: “Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005” en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 291, Barcelona, 2005, pp. 1 a 9.

Resumiendo, nuestro tipo de boicot, a veces llamado boicot civil, es una práctica a priori lícita en cualquier ordenamiento jurídico de Occidente. A diferencia de los muchos otros tipos de boicot que, como decimos, aquí no se tratarán, los boicots promovidos por asociaciones civiles no están (en principio) motivados por el fin de garantizar una cierta posición de mercado de una empresa determinada a toda costa, ergo carece de esas *consecuencias concurrenciales* fundamentales para considerarse ilícitos. No obstante, se ha de señalar que si las manifestaciones vertidas por dichos sujetos no son acordes a la realidad serán siempre responsables de sus actos por la vía del artículo 1902 CC.

En este sentido el TS tuvo la oportunidad de pronunciarse en una sentencia de 28 de febrero de 1994⁶⁷. En ella se probó que la asociación de consumidores y usuarios de Toledo había desprestigiado profesionalmente sin prueba alguna a Gasur SA de mantener y comunicar públicamente en prensa y mediante comunicados a diferentes ayuntamientos que carecía de la autorización correspondiente de «Repsol Butano, S.A.», lo cual implicaba que en caso de accidente por fuga o deterioro de la misma Repsol Butano no se haría cargo de los posibles daños materiales o personales ocurridos al usuario.

De todas formas, como en nuestro supuesto no encontramos elementos a mayores que compliquen la legalidad del acto (la asociación se limita a hacer publicidad de un despido real) podemos dar por concluido **la licitud del mismo**⁶⁸.

Además, si acaso sólo habría que recordar que, dado que defendemos aquí la tesis de la discriminación indirecta a Laura, nos parecería ciertamente un absurdo lógico concluir que a raíz de un ilícito cometido por la empresa no se pueda permitir a la sociedad civil a reaccionar negativamente, si lo considera oportuno, dejando de comprar en dicho establecimiento.

De todas maneras, tampoco debe entenderse esta última idea como si la licitud del boicot dependiese de la licitud del acto. Quizás convenga señalar que en otro campo del saber hermano al Derecho, la Sociología, existe una amplia literatura sobre este fenómeno, entendido como mecanismo de sanción social emergido ante conductas no tolerables pero perfectamente legales. Es más, como se podrá observar, en la actualidad, boicots civiles, o tentativas de boicots civiles, hay a raudales en el día a día de nuestro país. Por ejemplo, mientras que escribo estas líneas, cierto cómico no ha podido dar una función ante el boicot promovido por cierta asociación a raíz de unos comentarios “juzgados” como machistas, mientras que otra intenta convencer a los consumidores europeos de no comprar productos israelíes por razones geopolíticas. En definitiva, mientras las razones sean de índole político-social y exista plena libertad de compra en caso de no estar de acuerdo con el boicot, será cada soberano consumidor el que pondere la información recibida y actúe en consecuencia.

⁶⁷ STS de 28 de febrero de 1994 [16264/1994].

⁶⁸ Tampoco cabría lugar apelar a la normativa comunitaria relativa al Derecho de competencia. Esta competencia exclusiva de la Unión, concretada en los artículos 101 y 102 TFUE, sólo se aplicaría cuando la limitación de la competencia es de tal magnitud que afecte al mercado europeo, es decir, a las relaciones comerciales entre estados miembros. No es nuestro caso.

Conclusiones

Consideramos que, a día de hoy, gozamos al fin de una doctrina establecida que responde clara y concisamente a casos como el que aquí hemos estudiado. Sin perjuicio de lo acertado o errado que los análisis académicos hayan podido estar en el pasado, o de la contradictoria evolución jurisprudencial que los tribunales han experimentado a lo largo de estos últimos años, en la actualidad la casuística dentro de la que caen casos como el de Laura parece haber llegado a un punto tal de consenso jurídico que nos quedan pocas dudas de que el fallo resultante será favorable a los intereses de la demandante. No obstante, como el Derecho es inherentemente evolutivo (tal y como la realidad social que aspira a regular), no descartamos ulteriores cambios, más contradicciones y nuevos fallos que rompan con esta tendencia que hemos descubierto y que a continuación vamos a resumir.

Acorde a este Derecho, Laura ha sido efectivamente víctima de una discriminación laboral por razones de índole religiosa, o como mínimo la demanda tiene base jurídica. Es decir, la Directiva 2000/78/CE es plenamente aplicable (véase nuestro razonamiento de las pp. 10 a 12).

La interpretación jurídica más reciente de esta nueva legislación laboral no nos deja lugar a dudas: la libertad empresarial, entendida esta como un absoluto de discrecionalidad por parte de una persona que aspira a construir su negocio tal y como considere oportuno, contratando, evaluando y despidiendo a sus empleados a su más estricto parecer, ya no está permitida.

Se encontraron relevantes limitaciones, así que preferimos enfocar estas conclusiones desde otra óptica, hablando más bien de “excepciones puntuales” que permiten el despido por motivos religiosos, y no de restricciones puntuales que limiten los derechos de propiedad del empresario a despedir con libertad. Estas excepciones puntuales que

permitirían un despido relacionado con estos motivos conducta oscilan entre tres ejes bien diferenciados.

Por una parte, existe una cláusula genérica (que se expande más allá del derecho laboral) relativa a la seguridad pública o la protección del orden, la salud o de la moral públicas, por la cual al empresario sí que se le podría permitir despedir a una empleada. Esta cláusula, no obstante, se manifiesta más bien en otros ámbitos del Derecho y nos resultó bastante irrelevante para resolver la pregunta una, dado que el velo nunca ha sido considerado una amenaza real para la seguridad pública en un contexto laboral y por lo que no ha habido litigios centrados en esta perspectiva.

Por otra parte, sí que pueden constituir un impedimento ciertos supuestos profesionales que por sus propias características se tornan incompatibles con el uso de esta vestimenta. Es el artículo 4 de la Directiva. En estos casos también se le permitiría al empresario discriminar, léase despedir. Trabajar en laboratorios o fábricas, donde el velo puede ocasionar una pérdida de productividad importante o incluso la imposibilidad de trabajar correctamente, son ejemplos representativos que caen dentro de esta segunda excepción. Sin embargo, ser dependiente de unos grandes almacenes tampoco encajaba de ningún modo en la jurisprudencia (ni en la doctrina) con esta cláusula.

Así llegamos al punto de polémica, la verdad cuestión que aquí se discutió. La pretensión de la empresa de establecer cierta imagen de marca, colisionando con el ejercicio de dicho derecho fundamental por parte de la empleada. La jurisprudencia más reciente no nos deja lugar a dudas. Sólo se contempla la posibilidad de un despido si la empresa decide explícitamente seguir una política de imagen de estricta neutralidad religiosa negativa, es decir, ausente de *toda* simbología religiosa, y la empleada la incumple. Estas es además la postura que ciertos Estados de nuestro entorno promueven en sus edificios públicos y que hemos tratado con cierta profusión (pp. 16-17).

Más allá de este supuesto estricto, ante la más mínima falta de coherencia en este sentido, la empresa estaría produciendo una discriminación de tipo indirecta frente a otros empleados de otras religiones (en nuestro caso, colgantes de cruces), sancionada por la mencionada Directiva 2000/78/CE. Entre otras reflexiones subsidiarias, hemos documentado al menos cinco casos que están íntimamente relacionados con esta cuestión.

Por otra parte, el caso sería materialmente distinto de haber sido un *burka*, y no un *hiyab*. Sin profundizar aquí en otros conflictos que emergen en el uso en el día a día de esta prenda por parte de las mujeres musulmanas y que también fueron analizadas de forma lateral en el trabajo, se concluye que en el improbable caso que de que Maca S.A contratase a Laura con *burka*, no tendría esta empresa ningún problema legal en despedirla. Aunque carecemos de jurisprudencia laboral que trate este problema (al ser un supuesto muy marginal), la doctrina actual se posiciona claramente en este sentido.

Por el contrario, un supuesto de la *kippa* o del crucifijo debería suponer idénticos resultados judiciales al del *hiyab*. En su epígrafe correspondiente, hemos optado por profundizar en la casuística de otras religiones que surge en países de nuestro entorno

donde la diversidad religiosa es mayor, a fin de ver hasta qué punto la simbología religiosa, en función de su vistosidad y funcionalidad, había sido tolerada. Como norma muy general, estos pequeños elementos religiosos estarían (y están) igualmente protegidos por la Directiva, en las mismas condiciones que el pañuelo islámico.

En cuanto a la pretensión indemnizatoria, comenzamos aclarando que dentro del lenguaje jurídico laboral opinábamos que el despido fue en realidad nulo y no improcedente, por lo que no cabría una indemnización laboral propiamente dicha. De todos modos, dejamos demostrado que hoy en día no hay razón alguna en el Derecho Laboral español que impida a Laura exigir una indemnización a mayores en relación con los perjuicios psicológicos y daños morales sufridos. Hubo cierta reticencia jurisprudencial en el pasado pero ya existen a día de hoy suficientes precedentes en este sentido: en la medida en que un derecho fundamental sea vulnerado en el ámbito laboral y este menoscabo pueda ser probado, una indemnización adicional de esta clase es del todo procedente.

Por último, en lo relativo al boicot promovido por la Asociación para la Defensa del Velo Islámico, tan sólo hemos de mencionar que, en virtud de los datos proporcionados, su admisibilidad legal nunca fue puesta en duda. Este tipo de boicots, los llevados a cabo por asociaciones civiles, sólo podrían contraer problemas legales en caso de coacción, difamación, o una ocultación de verdaderos “fines concurrentes”. Nada de esto se planteó en nuestro supuesto.

En cuanto a la breve opinión personal, dejando ya al margen las consideraciones jurídicas, no podemos finalizar este trabajo sin volver al principio, justo allí donde manifestamos esa razón última que nos llevó a escoger este caso y que también explica esta personal conclusión final con la que cerraremos el mismo: el concepto de Derecho y la diferencia con la Moral.

Inspirándonos en una concepción del Derecho hayekiana, muy distinta a la actualmente predominante en Occidente, desconfiamos profundamente de la efectividad real que las imposiciones legales de corte paternalista ocasionan en la convivencia social. No ponemos en duda los beneficios de la integración social que el legislador busca transmitir, pero creemos que existe una gran diferencia entre la persuasión y el aprendizaje moral voluntario y evolutivo, frente a la disposición legal que se impone coactivamente a la sociedad.

A nuestro juicio, este tipo de decisiones desencadenan profundas consecuencias no deseadas. Imponer una moral determinada a ciertos empresarios (en este caso), obligarlos a aceptar a ciertos empleados en contra de su criterio, por muy loable y beneficioso que esto parezca ser para el conjunto, produce más efectos perversos a largo plazo de los que a corto plazo se visibilizan. Entre ellos, genera una primaria sensación de injusticia que, lejos de favorecer el respeto y la tolerancia religiosa, fuerza una integración forzosa que no ayuda a construir lazos reales entre grupos que provienen de distintas culturas. Este tipo de leyes no ayuda a desaparecer el racismo, tan sólo lo hace camuflarse, entre otros muchos efectos perversos bien documentados que, no obstante, serían objeto de otro trabajo.

Bibliografía

ACCIARI, H: *El daño moral y su cuantificación*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014.

ARECES PIÑOL, M.T: “¿El velo integral, burka y niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1 a 52.

ARECES PIÑOL, M.T: “La prohibición del velo integral islámico, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, Iustel, Madrid, 2013, pp. 1 a 57.

ARENAS RAMIRO, M: “Corramos un tupido velo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013, sobre el uso del burka” en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 30, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2014, pp. 101-146.

BARRIOS BAUDOR, G.L., y JIMÉNEZ-AYBAR, I.: “La conciliación entre la vida laboral y la práctica de la religión musulmana en España” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, núm. 274, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 2006, pp. 3-42.

BRIONES MARTÍNES, I.M: “El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 10, Ediciones Complutense, 2009, pp. 17-82.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Simbología religiosa y separación en los Estados Unidos de América” en *Persona y Derecho*, núm. 53, Universidad de Navarra, Pamplona, 2005, pp. 349-383.

DE MIRANDA AVENA, M.: “Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia

a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional” en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Ediciones Complutense, Vol. 11, 2010, pp. 13-78.

EMPARANZA SOBEJANO, A: *El Boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000.

GINÈS I FABRELLAS, A: “La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios” en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1(enero), Barcelona, 2008. pp. 1 a 10.

GOMEZ SANCHEZ, Y: “El pañuelo islámico la respuesta europea” en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 28, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2012, pp. 143-169

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M.J: “A propósito del velo islámico ¿es posible una solución intercultural?” en *Revista general de derecho canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, Iustel, Madrid, 2010, pp. 1-20.

LÓPEZ MEDINA, A.F: “Detrás del velo. Prohibiciones respecto a las vestimentas en el tribunal europeo de derechos humanos” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 26, Iustel, Madrid, 2011 pp. 3-8.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: “Despido improcedente de una dependienta de grandes almacenes por llevar velo islámico (Comentario a la resolución del tribunal constitucional federal alemán de 30 de julio de 2003)” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, Iustel, Madrid, 2003, pp. 1-9.

KUKUCKAN, T: “Derecho y Religión en Turquía” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, Iustel, Madrid, 2012, pp. 1 a 17.

MARTÍ SÁNCHEZ, J.M: “Los conflictos por el uso de vestimentas religiosas en las relaciones escolares y laborales” en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 28, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2012, pp. 103-141.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier: “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Derecho y Religión*, núm.4, IMDEE, Madrid, 2009 pp. 87-109.

MOTILLA DE LA CALLE, A.: “La prohibición del burqa islámico en Europa y en España reflexiones "de iure condendo" en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 28, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2012, pp. 171-196

NAVEIRA ZARRA M.M: *Principios generales de la reparación de daños y perjuicios*, en <https://app.vlex.com/#vid/principios-generales-reparacion-perjuicios-294151>.

RELAÑO PASTOR, E.: “Los temores del tribunal europeo de derechos humanos al velo islámico: leyla sahin contra Turquía” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 6, Comares, Madrid, 2005, pp. 213-241.

RODRIGUEZ CARDO, I.A: “La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del tribunal constitucional español” en *Direitos fundamentais & justiça*, núm. 15, Rio Grande do Sul, 2011, pp. 17-39.

RUBÍ PUIG, A: “Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005” en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 291, Barcelona, 2005, pp. 1 a 9.

VIDAL GALLARDO, M.M: “Símbolos religiosos y señas de identidad” en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 31, Editorial Alfonsópolis, Madrid, 2015, pp. 321-351.

(*nota aclaratoria: se ha optado por citar con la estructura “pp. x a y” en aquellos artículos de revista académicas cuyas páginas no están numeradas, por haber consultado la versión pdf y no disponer de numeración en las bases de datos)

* * *

Apéndice legal y jurisprudencial

Normas legales

- Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.
- 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. BOE núm. 255, de 24 de Octubre de 2015,
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, C 83, 30 de marzo de 2010.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «DOUE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Jurisprudencia comunitaria consultada:

- Auto del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L, C-6/64, EU:C:1964:66.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, EU:C:1984:153.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c Ministero della Sanità, C-283/81, EU:C:1982:335.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969. Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt, C-29/69, EU:C:1969:57.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979, Ratti, C-148/78, EU:C:1979:110.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203.
 - Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 31 de mayo de 2016, Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2016:382.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-83/14, EU:C:2015:170
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA, C-188/15 Bougnaoui y ADDH, EU:C:2017:204.
 - Conclusiones de la Abogado general Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 13 de julio de 2016, Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA, C-188/15 Bougnaoui y ADDH, C:2016:553.

Jurisprudencia del TEDH consultada:

- STEDH de 21 de Febrero de 1996. Caso Singh c. Reino Unido [23389/94].
- STEDH de 8 de Julio de 1999. Caso Arslan c. Turquía [23462/94].
- DTEDH del 15 de Febrero de 2001, Caso Dahlab c. Suiza [42393/98].
- DTEDH de 11 de Enero de 2005. Caso Phull c. Francia. [35753/03].
- STEDH del 10 de Noviembre de 2005. Caso Leyla Sahin c. Turkey [44774/98].

- DTEDH del 24 de Febrero de 2006. Caso Kurtulmuş c. Turquía [65500/01].
- DETDH del 3 de Abril de 2007. Caso Karaduman c. Turquía, [41296/04].
- STEDH del 15 de Enero de 2013. Caso de Eweida y otros c. Reino Unido [48420/10, 36516/10, 51671/10 y 59842/10].
- STEDH de 1 de Julio de 2014. Caso S.A.S c. Francia [nº 43835/11].
- STEDH del 26 de Noviembre de 2015. Caso Ebrahimian c. Francia [64846/11].

Jurisprudencia española consultada:

- STC de 11 de noviembre de 1996 [177/1996].
- TSJIB de 6 de febrero de 2017 [2/2017].
- STS 14 de febrero de 2013 [693/2013].
- STSJ Cataluña de 7 de junio de 2001 [489/2011].
- STSJ Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [390/2002].
- STS de 20 de septiembre de 2007 [6575/2007].
- STC de 24 de julio de 2006 [247/2006].
- STS de 5 de febrero de 2013 [817/2013].
- SJSO Barcelona de 23 de diciembre de 2016 [472/2016].
- STSJ Madrid de 18 de mayo de 2012 [446/2012].
- STS de 3 febrero de 2005 [51/2005].
- STS de 28 de febrero de 1994 [16264/1994].

Otra jurisprudencia internacional consultada:

- Arrêt n° 536 du 19 mars 2013 (Caso «Baby Loup»).
- Case Noah v. Bushra Noah, n° 2201867/2007 (Caso «Noah»).
- Caso Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398.

Otros

- Resolución núm. 1743 del Consejo de Europa (2010).