

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

**DESPEDIMENTO LABORAL POLO USO DO VELO
ISLÁMICO**

**DISMISSAL OF AN EMPLOYEE FOR WEARING A
ISLAMIC VEIL**

AUTORA: CARLA TACCONE GARCÍA

TUTOR: MANUEL AREÁN LALÍN

GRADO EN DERECHO

CUARTO CURSO

2016-2017

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
A) Evolución histórica del uso del velo islámico en los países árabes.....	4
B) Sentencias relevantes sobre el uso del hiyab.	6
C) El uso del velo islámico en España y algunas sentencias relevantes.....	8
II. USO DE HIYAB EN EL TRABAJO	11
A) Sobre la demanda por despido improcedente por discriminación religiosa.	11
B) Argumentos para defender la nulidad del despido de Laura.	12
III. DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS PSICOLÓGICOS	18
A) Principales problemas que se plantean en torno al concepto de <i>daño moral</i>	18
B) La discriminación como causa para alegar el padecimiento de daño moral.....	18
C) El acoso laboral, los delitos de odio y las injurias.	20
IV. USO DEL NIKAB O DEL BURKA EN LOS PUESTOS DE TRABAJO	23
A) El velo integral: tipos y diferencias.	23
B) Regulación del velo integral en Europa.	23
C) La regulación del velo integral en España.	26
D) El uso del velo integral en los puestos de trabajo.....	27
V. USO DE CRUCES CRISTIANAS O KIPPAS JUDÍAS EN EL TRABAJO	30
A) Europa y su vinculación con la religión cristiana, especial atención a España.	30
B) Casos judiciales planteados ante el uso símbolos religiosos cristianos y judíos. ...	32
C) El uso de símbolos religiosos no ostentosos en el trabajo y las consecuencias de los despidos derivados de su uso.	34
VI.- DEMANDA FRENTE A LA ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL VELO ISLÁMICO	37
A) El derecho al honor de las personas jurídicas.	37
B) Vías para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo islámico por competencia desleal.	38
1) Demanda por la realización de publicidad ilícita.....	40
2) Demanda por la realización de actos de denigración.....	41
C) Demanda por responsabilidad extracontractual	42
D) Conclusión.	43
VII. INFORME EJECUTIVO	45
VIII.- FUENTES.....	46
A- Legislación internacional, de la Unión Europea y española.....	46
C- Jurisprudencia.	46
D- Doctrina.	48

ABREVIATURAS

A	-Auto
AAVV	-Autores Varios
AP	-Audiencia Provincial
Art. (Arts.)	-Artículo (Artículos).
BOE	-Boletín Oficial del Estado
CE	-Constitución Española
CEDH	-Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
Coord. (Coords.)	-Coordinador (coordinadores)
CP	-Código Penal
Dir. (Dir., Dir ^a ., Diras.)	-Director (directores, directora, directoras)
DOUE	-Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	-Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed. (Eds.)	-Editor, editorial, edición (editores)
ET	-Estatuto de los Trabajadores
Et ál.	-Y otros
FJ	-Fundamento Jurídico
JCA	-Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
JSO	-Juzgado de lo Social
JM	-Juzgado de lo Mercantil
LCD	-Ley de la Competencia Desleal
LOPCDH	-Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia imagen
LRJS	-Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
Op. cit.	-En la obra citada
S	-Sentencia
TC	-Tribunal Constitucional
TEDH	-Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	-Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trad.	-Traductor
TS	-Tribunal Supremo
TSJ	-Tribunal Superior de Justicia

ANTECEDENTES DE HECHO

Laura González, nacida en Lugo hace 30 años, trabaja como dependiente 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.

- 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

A) Evolución histórica del uso del velo islámico en los países árabes.

Como es bien sabido, el hiyab es una prenda ligada al Islam, es por ello por lo que comenzaré mi trabajo haciendo alusión a varios preceptos del Corán que han sido interpretados en el sentido de imponer el uso de esta prenda. Este es un hecho importante dado que, entender que el Corán impone su uso, deriva en una actual complicación para los países que desean prohibirlo, ya que deben vincular la prenda a la libertad religiosa, la cual es proclamada y protegida por todos los estados democráticos. Así, conviene tener presente que al Corán y, por supuesto, a los versículos relativos al velo, se les han acuñado distintas interpretaciones completamente dispares entre sí. Tanto que, un sector considera que el Corán obliga a utilizar el velo, mientras que otro piensa que, a través de la política, se ha manipulado el texto sagrado dando lugar a interpretaciones que no son acordes a las verdaderas intenciones del Corán. Por ello, haré alusión a dos de los versículos del Corán que tratan el asunto del velo y a dos interpretaciones completamente opuestas.

El primero de ellos ora “(y) di a las creyentes que bajen la mirada y que guarden su castidad, y no muestren de sus atractivos [en público] sino lo que de ellos sea aparente [con decencia]; así pues, que se cubran el escote con el velo. Y que no muestren [nada más de] sus atractivos a nadie salvo a sus maridos, sus padres, sus suegros, sus hijos, los hijos de sus maridos, sus hermanos, los hijos de sus hermanos, los hijos de sus hermanas, las mujeres de su casa, aquellas que sus diestras poseen, aquellos sirvientes varones que carecen de deseo sexual, o a los niños que no saben de la desnudez de las mujeres; y que no hagan oscilar sus piernas [al caminar] a fin de atraer la atención sobre sus atractivos ocultos.”¹ (Sura 24:31). De la lectura literal del versículo se puede ver cómo se impone el uso del velo con el fin de que las mujeres cubran sus atractivos, de modo que la determinación de lo que debe cubrirse queda a la interpretación de lo que sea considerado atractivo, es por ello que en algunos países se utiliza el burka (porque entienden que todo el cuerpo femenino lo es). Por el contrario, la interpretación moderna indica que, dado que el versículo se centra en que las mujeres deben llevar su escote cubierto, esa es la única imposición realizada, dejándoles libertad a las mujeres la hora de valorar qué tipo de vestimentas son modestas y qué otro tipo no lo son, siempre y cuando lo hagan de forma acorde con el momento social en que vivan.²

El segundo de ellos, reza: “¡Oh Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a las [demás] mujeres creyentes, que deben echarse por encima sus vestiduras externas [cuando estén en público]: esto ayudará a que sean reconocidas [como mujeres decentes] y no sean importunadas. Pero [aun así] ¡Dios es en verdad indulgente, dispensador de gracia!” (Sura 33:59)³. De su lectura literal se desprende que está obligando a todas las mujeres creyentes a utilizar el hiyab. Sin embargo, la interpretación moderna indica que no se debe descontextualizar el versículo, debiendo ser entendido de forma acorde al momento en que el Profeta vivía⁴ puesto que menciona expresamente a sus esposas e hijas.

En este punto trataré cómo ha sido la evolución en la lucha por los derechos de las mujeres. Así, fue durante el siglo XIX cuando comenzaron las primeras reivindicaciones. Se llevó a cabo en un contexto social y político nada favorecedor, puesto que el Imperio

¹ ASAD, M.: *El mensaje del Qur'an. Traducción del árabe y comentarios* (PÉREZ, A., Trad.), Junta Islámica, centro de documentación y publicaciones islámicas, 2001, pp. 531-532. Disponible en: http://www.webislam.com/biblioteca/60389-el_mensaje_del_quran.html (fecha de consulta: 12/04/2017).

² ASAD, M.: *El mensaje del Qur'an. Traducción del árabe y comentarios*, op. cit., p. 532.

³ ASAD, M.: *El mensaje del Qur'an. Traducción del árabe y comentarios*, op. cit., p. 640.

⁴ ASAD, M.: *El mensaje del Qur'an. Traducción del árabe y comentarios*, op. cit., p. 640.

Otomano (que dominaba los países musulmanes) estaba perdiendo su poder y Europa aprovechó para entrometerse mediante el colonialismo, provocando el declive de la sociedad.⁵ Entre los hombres que defendieron los derechos de las mujeres, considero fundamental referirme a Kassem Amin (1863-1908) por dos motivos muy importantes, el primero de ellos es porque pronunció que “(i)mposer le hijab à la femme est la plus dure et la plus horrible forme d’esclavage”⁶; el segundo de ellos, es por haber luchado para que las niñas fuesen educadas⁷.

Ya en el siglo XX, cabe señalar que la lucha se vio marcada por la modernización de Turquía y por el contacto que tomaron los países árabes con la cultura occidental⁸. Es muy relevante la actividad desarrollada por Huda Shaarawi (1879-1947), ya que tras participar en el Primer Congreso Internacional de Mujeres Socialistas, celebrado en Roma en 1923, al volver a Egipto, decidió quitarse el velo ante un gran número de mujeres.⁹ Sin embargo, un paso atrás se produjo cuando los países occidentales utilizaron la ilustración para sobreponerse sobre los árabes y el feminismo terminó siendo considerado una parte del colonialismo.¹⁰

Tras la independencia de los países árabes de Turquía se fueron reconociendo derechos a las mujeres. Aun así, todos los países musulmanes excepto Turquía y Túnez mantenían la superioridad del sexo masculino. Turquía, en 1937 consagró constitucionalmente la laicidad y se convirtió en el primer país árabe laico que proclamaba igualdad de sexos (en 1926 la estableció en el Código Civil)¹¹. Túnez, al año siguiente de su independencia (en 1956) siguió las líneas de Turquía. Sin embargo, otro duro golpe al feminismo se produjo cuando los regímenes dictatoriales se apropiaron del movimiento, lo que conllevó un grave deterioro de su imagen¹². En este ambiente, en los años 70 algunas mujeres decidieron comenzar a vestir el velo para mostrar su oposición a la dominación de la cultura occidental, de modo que le acuñaron un nuevo significado: el de ser un símbolo a través del cual las mujeres podían expresar sus opiniones en el ámbito público¹³. En este ambiente, se encuentra la postura de Nadia Yassine (política marroquí) que defiende que el uso del hiyab les da a las mujeres la posibilidad de encontrarse en una posición de igualdad con los hombres, evitando que sean vistas como meros objetos en lugar de como seres humanos¹⁴.

⁵ KETITI, A.: “Lucha feminista y transiciones democráticas en el Mundo Árabe”, en *Congreso feminismo Agenda Global*, (27-28 de marzo 2015, Instituto canario de Igualdad. Islas Canarias), 2015, pp. 4-5. Disponible en: http://buscador.gobiernodecanarias.org/search?q=cache:gKJYdssh9tIJ:www.gobiernodecanarias.org/cms_gobcan/export/sites/icigualdad/galerias/ici_documentos/ActividadesICI_2015/2015_ICI_CongresoFAG_AwatefK.pdf+AWATEF+KETITI&access=p&output=xml_no_dtd&ie=UTF-8&client=main&site=Todo&proxystylesheet=main&oe=UTF-8 (fecha de consulta: 28/05/2017).

⁶ “Imponer el hiyab a las mujeres es la forma de esclavitud más dura y la más horrible” (traducción propia).

⁷ HORCHANI, S.: “Kacem Amin, l’appel à la libération des femmes”, en *Mediapart*. Disponible en: <https://blogs.mediapart.fr/sarahorchani/blog/290110/kacem-amin-lappel-la-liberation-des-femmes> (fecha de consulta: 12/04/2017).

⁸ KETITI, A.: “Lucha feminista y transiciones democráticas en el Mundo Árabe”, *op. cit.*, p. 10.

⁹ OLMEDO SERRANO, C.: “Huda Shaarawi: Heroína de Egipto”, en *Heroínas*. Disponible en <http://www.heroinas.net/2011/04/huda-shaarawi-heroína-de-egipto.html> (fecha de consulta: 28/05/2017).

¹⁰ KETITI, A.: “Lucha feminista y transiciones democráticas en el Mundo Árabe”, *op. cit.*, pp. 10-13.

¹¹ STEDH de 29 de junio de 2004 [TEDH\2004\46].

¹² KETITI, A.: “Lucha feminista y transiciones democráticas en el Mundo Árabe”, *op. cit.*, pp. 13- 17.

¹³ RAMÍREZ, A.: *La trampa del velo: el debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, Catarata, Madrid, 2011, p. 14.

¹⁴ RAMÍREZ, A.: *La trampa del velo: el debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, *op. cit.*, p. 27.

A finales de 2010, con el estallido de las revoluciones sociales en los países árabes que derivaron en la caída de regímenes dictatoriales se abrió un camino para recobrar la lucha por los derechos de las mujeres. Sin embargo, tres años después lograron llegar al poder partidos islamistas que amenazaron estos derechos. El velo islámico, como derecho de las mujeres en cuanto a la libre decisión de utilizarlo o no, no iba a ser menos, por lo que en algunos países árabes ya se han dado comienzo a campañas para que las mujeres vuelvan a velarse¹⁵.

B) Sentencias relevantes sobre el uso del hiyab.

Me gustaría hacer referencia a algunos casos que ha tenido lugar en Europa y que han sido resueltos sobre la base del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950¹⁶, en concreto, sobre su art. 9 que señala que “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.* 2. *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*” Todos los casos a los que haré alusión han sido resueltos por el TEDH, a salvo de los dos primeros, que lo han sido por la Comisión Europea de los Derechos Humanos.

Los primeros casos a los que me referiré son los de Karaduman¹⁷ y Bulut,¹⁸ ambos contra Turquía y resueltos de un modo similar¹⁹. A dos mujeres que habían finalizado sus estudios en la Universidad, no se les había entregado el título ya que, para concederlo, la universidad requería una fotografía con la cabeza descubierta, sin embargo, ambas demandantes entregaron una con hiyab. Interpusieron una demanda alegando la vulneración del art. 9 CEDH. La Universidad alegó que había adoptado esta decisión sobre la base su normativa interna (la cual buscaba evitar la presencia de símbolos religiosos de las aulas) y sobre la decisión adoptada en 1989 por la Corte Constitucional de Turquía, que prohibía el uso de velo porque podría generar conflictos. En ambos casos, se consideró que la normativa no contradecía el art. 9 CEDH puesto que el mismo no permite comportarse en todo caso de acuerdo con las creencias religiosas, ni ampara cualquier acto llevado a cabo en virtud de las mismas. Se consideró legítimo el fin perseguido puesto que “*the purpose of the photograph affixed to a degree certificate is to identify the person concerned. It cannot be used by that person to manifest his religions beliefs*”²⁰; además, así se evitaría que las estudiantes veladas generasen presión sobre las que no desean portar velo, considerando que se evitaría la perturbación del orden público.

¹⁵ KETITI, A.: “Lucha feminista y transiciones democráticas en el Mundo Árabe”, *op. cit.*, pp. 18- 22.

¹⁶ Instrumento de ratificación: BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979; en adelante, CEDH.

¹⁷ Karaduman c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 16278/90, de 3 de mayo de 1993. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-86170"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 13/04/2017).

¹⁸ Bulut c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 18783/91, de 3 de mayo de 1993. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["18783/91"\],"respondent":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["DECISIONS"\],"itemid":\["001-25273"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 13/04/2017).

¹⁹ Casos tratados por MCGOLDRIK, D. en su obra: *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart, Oxford, 2006, pp. 137-140.

²⁰ Karaduman c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 16278/90, de 3 de mayo de 1993.

El caso Dahlab²¹ contra Suiza, de 2001²². Una profesora de un colegio público había acudido durante cinco años a su puesto de trabajo con hiyab; sin embargo, tras la prohibición por ley del uso de símbolos religiosos ostentosos, el centro le prohibió continuar con dicha práctica. El asunto llegó al TEDH, que debía pronunciarse sobre la vulneración del art. 9 CEDH y falló en contra de la profesora al considerar que el Estado no había sobrepasado el margen de apreciación que tiene. Se indicó que era una medida justificada puesto que no se conoce el impacto que el hiyab puede tener sobre los alumnos y dado que se adoptó para proteger el orden público escolar. Considero relevante tener en cuenta el punto de vista que aportaba la demandante acerca del significado del principio de laicidad en la escuela pública (a pesar de son ser sostenido por el tribunal): “*la laïcité de l'école publique implique un enseignement indépendant de toute confession religieuse, mais n'impose pas aux enseignants une absence de convictions ni même de s'abstenir du port de tout signe religieux*”²³.

En el caso Leyla Sahin²⁴, una universitaria acudía a sus clases con hiyab. Cuando se prohibió su uso, continuó utilizándolo y por ello se le abrió un expediente disciplinario, además, tras participar en una reunión no autorizada para protestar por la prohibición se la suspendió por un semestre. El fin de la medida universitaria era garantizar la laicidad, el mantenimiento del orden público y evitar que las estudiantes que no portasen hiyab se sintiesen presionadas. Así, presentó demanda ante el TEDH contra Turquía alegando una vulneración del art. 9 CEDH, sin embargo, no fue apreciada por el Tribunal al señalar que la restricción impuesta entra dentro del margen de apreciación del Estado. El TEDH consideró que la universidad estaba persiguiendo la protección de las libertades del resto de los estudiantes y del orden público. Además, tuvo en cuenta la situación política y social de país, no sin antes precisar que la estudiante no había sido expulsada por utilizar hiyab, sino que lo había sido por su participación en la reunión no autorizada.²⁵

La estudiante demandó que su caso fuese acogido por la Gran Sala del TEDH, que se pronunció en el mismo sentido que la sentencia anterior²⁶. El tribunal tuvo presente que en el momento de dictarse la sentencia estaban teniendo lugar movimientos políticos que buscaban la imposición del velo y otros símbolos religiosos²⁷. La jueza Françoise Tulkens mediante un voto disidente se posicionó en contra del fallo señalando que “*il n'est pas [...] démontré que le port du foulard par la requérante ait perturbé l'enseignement ou la*

“La finalidad de la fotografía unida al certificado de graduación es identificar a la persona. No puede ser utilizado por la persona en cuestión para manifestar sus creencias religiosas” (traducción propia).

²¹ Caso tratado en la siguiente obra: MCGOLDRIK, D.: *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, op. cit., pp. 121-131.

²² Dahlab c. Suiza, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 42393/98, de 15 de febrero de 2001. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["42393/98"\],"documentcollectionid":\["DECISIONS"\],"itemid":\["001-32006"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 13/04/2017).

²³ Dahlab c. Suiza, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 42393/98, de 15 de febrero de 2001. “La laicidad de la escuela pública implica una enseñanza independiente de todas las confesiones religiosas, pero no impone la ausencia de convicciones ni una abstención a portar todos los símbolos religiosos” (traducción propia).

²⁴ Caso tratado por MCGOLDRIK, D. en su obra: *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, op. cit., pp. 140-167.

²⁵ STEDH de 29 de junio de 2004 [TEDH\2004\46].

²⁶ STEDH de 10 de noviembre de 2005 [JUR\2005\250659].

²⁷ MEDINA, G.: “Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, enero 2015, p. 178. Disponible en: <http://www.redalyc.org:9081/articulo.oa?id=427539915007> (fecha de consulta: 14/04/2017).

vie universitaire ni qu'il ait provoqué quelque désordre [...] le port du foulard ne peut, en tant que tel, être associé au fondamentalisme et il est essentiel de distinguer les personnes qui portent le foulard et les extrémistes qui veulent l'imposer, comme d'autres signes religieux. Toutes les femmes qui portent le foulard ne sont pas des fondamentalistes et rien ne l'établit dans le cas de la requérante"²⁸

Por último, los casos Kervanci²⁹ y Dogru³⁰ contra Francia son similares³¹. Hay que tener en cuenta que en el momento de los hechos no estaba en vigor la ley que prohíbe el uso del hiyab en las escuelas públicas. Dos estudiantes de colegios públicos comenzaron a asistir con velo a clase. Ante la prohibición impuesta por el profesor de educación física de asistir a sus clases portando hiyab por causas de higiene y seguridad, las estudiantes propusieron utilizar otras prendas pero su petición fue denegada, por ello, dejaron de asistir a dicha asignatura, motivo por el que fueron expulsadas. Interpusieron demanda ante el TEDH por vulneración del art. 9 CEDH, sin embargo, el tribunal consideró coherente la medida con el apartado segundo de dicho artículo y con el principio de proporcionalidad. Señaló que no se había vulnerado ni el derecho a la libertad religiosa ni a la educación de las demandantes. En las sentencias se puede ver como el tribunal se centra en que el principio de laicidad del Estado francés es fundamental, considerando que el hiyab lo pone en peligro.

Como se puede ver, el TEDH suele fallar en contra del hiyab y en este sentido es en el que los Estados europeos han ido regulando su uso, aun así, hay dos posiciones contrapuestas, una encabezada por Reino Unido y la otra por Francia. El primero, no ha establecido ninguna normativa general que prohíba su uso ya que rompería una de sus notas características: la libertad personal, de modo que se decide caso por caso. Alemania ha seguido su línea (a grandes rasgos) puesto que permite que estudiantes y maestras utilicen hiyab. En la otra cara de la moneda está Francia, que ha sido el Estado pionero de la Unión Europea en prohibir el uso del hiyab en las escuelas públicas por Ley en el año 2004. Siguiendo su línea nos encontramos a Bélgica, que en algunas de sus ciudades impide a las funcionarias que trabajan de cara al público utilizarlo³².

C) El uso del velo islámico en España y algunas sentencias relevantes.

España garantiza el derecho a la libertad religiosa en el apartado primero del art. 16 de la Constitución Española, 1978³³ configurándolo como un derecho fundamental. Además, se compromete a respetar el pluralismo religioso, tratando por igual a todas las confesiones religiosas y tomando una actitud positiva que permita que las condiciones de

²⁸ STEDH de 10 de noviembre de 2005 [JUR\2005\250659]. "No ha sido demostrado que el uso del hiyab por la requirente haya perturbado la enseñanza o la vida universitaria, ni que haya provocado ningún desorden [...] El uso del hiyab no puede ser asociado al fundamentalismo, y es esencial distinguir a las personas que lo usan de los extremistas que lo quieren imponer, como ocurre con otros símbolos religiosos. Todas las mujeres que usan el hiyab no son fundamentalistas." (Traducción propia de los puntos 8 y 10 del voto disidente de TULKENS).

²⁹ STEDH de 4 de diciembre de 2008 [TEDH\2008\98].

³⁰ STEDH de 4 de diciembre de 2008 [JUR\2008\373821].

³¹ Casos a los que hace alusión CAMARERO SUÁREZ, V. en su obra *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 124.

³² AGENCIAS.: "El hiyab en Europa", en *El periódico*. Disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/prohibicion-del-hiyab-europa-5896695> (fecha de consulta: 02/05/2017).

³³ Art. 16.1 CE "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley." BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE.

igualdad y libertad de las personas sean reales, removiendo los obstáculos que lo impidan (art. 9.2 CE).³⁴

Como en España no hay ninguna norma que regule el uso del hiyab, hay que recurrir a la CE para resolver los casos, sobre todo, sobre la base del derecho a la libertad religiosa; pero también sobre otros derechos fundamentales, como el art. 18, relativo a la propia imagen y el art. 10.2 CE³⁵ que obliga a tener en cuenta los tratados internacionales suscritos por España. Además, “*en base a los artículos 1.1³⁶ y 10.1³⁷ de la Constitución [...] el principio de la autonomía de la voluntad debe prevalecer siempre cuando se trate de decisiones libres, sin coacción y sin afectación a los derechos de los demás de mantener el mínimo necesario del orden público en el ámbito de una sociedad democrática*”³⁸. En cuanto al orden público como límite de la libertad religiosa, cabe recordar que el TC³⁹ señaló que “*un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública» [...] es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto*”⁴⁰

Dado que la mayor parte de los problemas suscitados en torno al hiyab en España lo han sido en el ámbito de la educación, trataré este aspecto. Todos habían sido resueltos en sede administrativa hasta el caso Najwa Malha⁴¹, que llegó a juicio alegando la vulneración de los arts. 10.1 y 16 CE puesto que, sobre la base del Reglamento de Régimen Interno del colegio, se le había prohibido acudir a clase con hiyab. El Tribunal⁴² resolvió en favor del centro, al considerar que no se había vulnerado la dignidad de la estudiante. Señala, que tampoco se había vulnerado su derecho a la libertad religiosa puesto que: en primer lugar, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa⁴³, permite limitar este derecho en determinadas condiciones; en segundo lugar, trae a colación los casos Kervanci y Dogru contra Francia resueltos por el TEDH para señalar que la prohibición del hiyab en la escuela no atenta contra la libertad religiosa de los estudiantes siempre que esté prevista por la Ley y sea necesaria. Asimismo, señala que la laicidad es un elemento fundamental que debe ser protegido, que no hay normas

³⁴ CAMARERO SUÁREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 107-108.

³⁵ Art. 10.2 CE “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*”

³⁶ Art. 1.1 CE “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”

³⁷ Art. 10.1 CE “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

³⁸ CAMARERO SUAREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., p. 117.

³⁹ A la STC de 15 de febrero de 2001 [RTC\2001\46], he tenido acceso tras la lectura de la SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS\2017\8] puesto que esta última hace alusión a la primera.

⁴⁰ STC de 15 de febrero de 2001 [RTC\2001\46]. FJ.11.

⁴¹ Caso tratado por CAMARERO SUÁREZ, V. en su obra *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., pp. 119-127.

⁴² SJCA de Madrid de 25 de enero de 2012 [RJCA\2012\78].

⁴³ BOE de 24 de julio de 1980; en adelante, Ley de libertad religiosa.

específicas aplicables a esta materia y que por ello, los centros tienen autonomía para tomar este tipo de decisiones. Se presentó recurso ante TSJ de Madrid⁴⁴, que lo inadmitió.

A pesar de que, como he mencionado, la mayor parte de los casos suscitados en nuestro país en cuanto al uso del hiyab lo han sido en torno a las escuelas, no han sido los únicos. Me gustaría hacer una breve mención al caso Zubrida Barik contra España. Una abogada había asistido a una vista con hiyab colocándose en la zona destinada a las partes, el Presidente del Tribunal le solicitó que fuese a la zona del público alegando que los abogados no pueden cubrirse la cabeza. La demandante se opuso recordándole al Presidente que el Reglamento solo menciona la obligatoriedad de asistir con toga, sin embargo, tuvo que retirarse. Ninguna de sus reclamaciones internas entró a resolver sobre el fondo, por lo que recurrió ante el TEDH alegando la vulneración de los arts. 6, 8 y 9 CEDH. Sin embargo, el TEDH⁴⁵ declaró inadmisibile la demanda por no haber agotado los recursos internos. De este modo, no nos ha sido posible conocer cuál habría sido la respuesta del tribunal al caso, la cual, me habría parecido muy interesante, sin embargo, no queda otra opción más que esperar a que se plantee un caso similar.

⁴⁴ STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2013 [RJCA\2013\162].

⁴⁵ Barik Edidi c. España, decisión sobre la admisibilidad de la demanda n° 21780/13, de 26 de abril de 2016. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-163999"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 01/06/2017).

II. USO DE HIYAB EN EL TRABAJO

A) Sobre la demanda por despido improcedente por discriminación religiosa.

Comenzaré este epígrafe poniendo de manifiesto la distinción existente entre “despido improcedente” y “despido nulo”, puesto que no son lo mismo y es algo que debe quedar claro antes de contestar a la pregunta planteada (si la demanda por despido improcedente por razones de discriminación religiosa que Laura decide emprender contra Maca, S.A., tendría base jurídica). La distinción a la que me refiero puede verse fácilmente si se realiza un análisis de los arts. 54 y 55 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴⁶.

Así, el art. 54 ET, relativo al “*despido disciplinario*” señala en su apartado primero, que los empresarios podrán despedir a sus trabajadores cuando estos hubiesen llevado a cabo un incumplimiento grave y culpable de su contrato de trabajo, precisándose en su apartado segundo aquellas causas que considerarán como incumplimientos contractuales. De la lectura de las causas, se puede ver como la decisión de despedir a Laura, se ha basado en las letras b) y e), relativas respectivamente a la falta de obediencia de las órdenes recibidas en el trabajo y a la bajada de rendimiento en el puesto de trabajo.

El art. 55 ET, indica en su apartado tercero, que el despido puede ser calificado de procedente, improcedente o nulo según las condiciones en las que se produzca. En el apartado siguiente precisa que será considerado procedente el despido que se efectúe cumpliendo con los requisitos que establece en el apartado primero dicho artículo (que se realice en forma escrita, con indicación de los motivos y de la fecha en que tendrá lugar) y con los que establezca el convenio colectivo aplicable al caso. En dicho apartado también se indica lo que se entenderá por despido improcedente, siendo este aquel en que no se cumpla con los requisitos señalados previamente o cuando la causa que se indica como motivo del despido no quedase acreditada. En el apartado quinto se precisa que se decretará nulo, aquel despido efectuado sobre la base de algún tipo de discriminación que la CE o las leyes prohíban o que se produzca de forma contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores (entre otras causas que el artículo enumera pero no concurren en este caso).

De la lectura de estos artículos, se desprende que para alegar la discriminación religiosa sufrida por Laura, esta debería demandar a la empresa alegando la nulidad de su despido. Esto es así puesto que el despido improcedente no trata la vulneración de este derecho, sino simplemente el incumplimiento de los requisitos precisados para despedir a un trabajador (de los cuales no se me aportan datos para indicar si han sido cumplidos o no) y la no acreditación de la causa del despido.

De modo que si Laura quisiese alegar la improcedencia del despido, debería hacerlo sobre la base de la no acreditación de la causa del despido, sin embargo, considero que los tribunales dictarían de una forma más fácil la sentencia en favor de la empresa puesto que las causas que esta indica son la bajada de rendimiento y la desobediencia de la trabajadora. Por lo que respecta a la bajada en el rendimiento, es un hecho que ha quedado demostrado, sin embargo, se debe a la situación de tensión en la que Laura se encontraba desde que comenzó a utilizar hiyab en la empresa; tensión ocasionada tanto por las burlas y comentarios recibidos de sus compañeros como por la actuación empresarial por el uso de esta prenda. Por lo que respecta al segundo de los motivos alegados (la desobediencia),

⁴⁶ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015; en adelante, ET.

no cabe duda de que concurre, ya que la empresa le había indicado a Laura que no utilizase hiyab y ella mantenía su postura, desobedeciendo, por lo tanto, las órdenes recibidas.

Sin embargo, debo decir que las órdenes incumplidas por Laura podrían considerarse discriminatorias (hecho que analizaré más adelante), además, la bajada de rendimiento se debía a la tensión a la que estaba sometida a causa del uso del hiyab. Como se puede ver, todo el caso gira en torno al hiyab, un elemento religioso, es por ello que considero que Laura debe alegar la nulidad del despido. Esto traería consecuencias mucho más favorables para ella, ya que podría solicitar la readmisión en su puesto de trabajo y el abono del salario dejado de percibir, mientras que si alega la improcedencia del despido, la empresa podrá optar entre readmitirla o indemnizarla. Además, cabe señalar que *“en las sentencias de despido nulo por lesión de derechos fundamentales el juez o tribunal, a diferencia de lo que sucede en las sentencias de despido procedente o improcedente, no lleva a cabo graduación o ponderación alguna de incumplimientos laborales de mayor o menor entidad, sino una mera verificación de que el trabajador ha actuado dentro de los límites del derecho fundamental lesionado”*⁴⁷.

También hay que tener en cuenta el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁴⁸ que indica que *“en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de [...] religión o convicciones [...] corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”* De este modo, considero que sería más sencillo para ella lograr una resolución favorable.

Además, si Laura pretende basarse en la discriminación religiosa, a la luz de los artículos ya referidos, queda claro que debe hacerlo sobre la nulidad del despido y no sobre su improcedencia. Por todo lo señalado, Laura debería demandar sobre la base de la nulidad del despido por motivos religiosos dado que tiene base jurídica suficiente para interponerla.

B) Argumentos para defender la nulidad del despido de Laura.

Si tuviese que defender a Laura en la interposición de una demanda para que se declarase la nulidad de su despido por la vulneración de su libertad religiosa, señalaría que hay que tener en cuenta que *“el modelo seguido por el ordenamiento constitucional español [...] es el de una laicidad positiva o abierta que permite al Estado un fomento directo de las actividades de los particulares dentro del pluralismo y a la separación entre las funciones estatales religiosas”*⁴⁹ y además, me basaría, en lo siguiente:

En primer lugar, indicaría que el derecho a la libertad religiosa viene protegido en una multitud de documentos internacionales, entre los que se encuentran el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en París el 10 de diciembre de 1948⁵⁰ y el art. 9 del CEDH. Documentos que deberán ser tenidos en cuenta en virtud del mandato efectuado por el art. 10.2 CE.

En segundo lugar, haría alusión a la vulneración del art. 16 CE, relativo al derecho a la libertad religiosa, en cuanto a la que el TC ha declarado que la misma tiene dos dimensiones, una interna y otra externa. Con respecto a esta última, como ha recordado

⁴⁷ STS de 20 de abril de 2005 [RJ\2005\3532].

⁴⁸ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011; en adelante, LRJS.

⁴⁹ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 27-28.

⁵⁰ En adelante, DUDH.

la SJSO de Palma de Mallorca⁵¹ recientemente trayendo a colación lo precisado por el TC, “*se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso*”⁵². En esta esfera se encuadra el uso del hiyab. Hay que tener presente que en Occidente tenemos la creencia de que si las mujeres musulmanas tuviesen una mentalidad moderna no lo utilizarían, sin embargo, estamos muy distantes de la realidad, ya que muchas que viven en Europa, deciden usarlo como una reivindicación de sus derechos: tanto a expresar la religión de la que forman parte como a decidir de forma libre su uso⁵³. En el caso presente, nada nos induce a pensar que Laura haya sido obligada a usar hiyab, de modo que debemos asumir que ha sido una decisión adoptada por una mujer libre, adulta y plenamente consciente de sus actos.

En tercer lugar, haría alusión al derecho fundamental a la libertad de empresa. Así, este derecho viene consagrado en el art. 38 CE⁵⁴. Esta libertad permite que los empresarios puedan decidir en qué modo desarrollar su empresa, lo que incluye, tanto el modo de actuación de sus empleados como su apariencia hacia los clientes. En este punto, toma gran importancia el uniforme laboral ya que permite que los clientes identifiquen rápidamente a los trabajadores al ofrecer una imagen homogénea de cara al exterior.

Los derechos fundamentales se encuentran en el Capítulo segundo del Título primero CE, en el que se encuentran incluidos tanto el derecho a la libertad religiosa como el de la libertad de empresa, que como podemos ver, entran en conflicto. Es por ello por lo que se precisa una ponderación de los mismos, sin que sean jerarquizados, sino haciendo una ponderación según cada caso.⁵⁵ Así, la libertad de empresa no permite que el empleador adopte cualquier tipo de decisión, ya que, debe respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores, pero como se sabe, todo derecho fundamental tiene sus límites⁵⁶, debiendo los mismos ser razonables, adecuados y proporcionales.⁵⁷

Así, en plena vinculación con lo precisado, estaría lo señalado por el JSO de Palma de Mallorca al indicar que “*El Tribunal Constitucional, en Sentencia 88/1985, de 19 de julio, aún en relación a la libertad de expresión, declaró que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...]. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban*

⁵¹ SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS\2017\8].

⁵² STC de 15 de febrero de 2001 [RTC\2001\46]. FJ. 4.

⁵³ DE BOTTON, L., PUIGVERT, L. y TALEB, F.: *El velo elegido*, El Roure, Espulgues de Llobregat, 2004, pp. 27-35.

⁵⁴ Art. 38 CE “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

⁵⁵ TAJATURA TEJADA, J.: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 48.

⁵⁶ A pesar de lo mencionado, TORRES DEL MORAL, A., mantiene que existen tres derechos fundamentales absolutos: “*el derecho a la integridad física y psíquica, sin que en ningún caso pueda nadie ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15CE), así como la no obligación de declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE). De otro lado, aunque la Constitución ni siquiera repara en ello [...] la condición de hombre libre de todo ser humano que pise suelo español*” como señala TAJATURA TEJADA, J. en su obra: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, op. cit., p.89.

⁵⁷ TAJATURA TEJADA, J.: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, op. cit., p. 90.

*soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tiene un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional [...]”*⁵⁸. Habría que hacer una ponderación entre los dos derechos y lograr que el que se vea limitado en beneficio del otro lo sea solo en aquella porción en que sea necesario sin vulnerar su contenido esencial⁵⁹.

En cuarto lugar, aportaría el art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶⁰. Este artículo indica que la discriminación directa se producirá cuando *“una persona sea [...] tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1”* entre los que se encuentra la religión. Este artículo ha sido interpretado por el TJUE ante la cuestión prejudicial planteada en el asunto de C-157/15⁶¹. El Tribunal entiende que *“la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones [...]”*⁶².

Los requisitos para poder prohibir el velo en el trabajo serán que se haga en aras de la neutralidad empresarial y que se aplique en igualdad a todos los trabajadores. Tal y como señaló la Abogada General del asunto C-157/15 (Juliane Kokott), si la prohibición se hace en estos términos, no se trataría de forma desfavorable a personas de distintas religiones, tan solo traería consigo una diferencia en el trato de los empleados que desearan mostrar sus convicciones y de los que no. Esto no hace que la norma derive en una discriminación directa, aunque, al afectar de un modo más incisivo a las personas pertenecientes a determinadas religiones, podría serlo de forma indirecta.⁶³ Sin embargo, en el caso presente, se le prohibió a Laura el uso del hiyab bajo el argumento de que la política empresarial no permitía el uso de *“cualquier tipo de indumentaria que no formase parte del uniforme”* y no sobre la base de la neutralidad empresarial, de modo que la finalidad es puramente estética. Además, un aspecto determinante en este punto es que al resto de compañeros de Laura se les permitía portar accesorios ajenos al uniforme y que simbolizaban su religión cristiana, de modo que la empresa permitía utilizar símbolos que manifestasen la religión cristiana pero no el islam, hecho discriminatorio. Así, no se están cumpliendo con los requisitos que deben ser concurrentes para prohibir el uso del velo, por lo que, se ha producido una discriminación directa.

⁵⁸ SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS\2017\8]. FJ. 4.

⁵⁹ TAJADURA TEJADA, J.: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, op. cit., p. 90.

⁶⁰ DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000; en adelante Directiva 2000/78/CE o la directiva.

⁶¹ STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE\2017\23]: Samira Achbita era secretaria de G4S, una empresa privada. Cuando la trabajadora decidió portar hiyab en su puesto de trabajo, la empresa le indicó que existía una norma no escrita que prohibía portar prendas religiosas, dada la persistencia de Samira en usar el hiyab, la empresa lo redactó por escrito pero ante su insistencia fue despedida. Samira presentó demanda en contra de la decisión empresarial, pero la misma fue desestimada, por lo que recurrió la decisión, que resolvió en el mismo sentido por considerar que Samira no había sido discriminada directamente ya que la decisión no había sido adoptada por las creencias religiosas de Samira, sino por querer manifestarlas en el trabajo, además, el resto de trabajadores se someten a sus mismas normas. Recurrió ante el Tribunal de Casación de Bélgica que interpuso cuestión prejudicial ante el TJUE para que este dilucide en qué sentido debe interpretarse el art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78.

⁶² STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE\2017\23]. Punto 22.

⁶³ Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016 [ECLI:EU:C:2016:382]. Puntos 53, 56 y 57.

En quinto lugar, haría alusión al art. 2.2.b) de la Directiva, relativo a la discriminación indirecta. Este indica que se produce cuando “*una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión [...] determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) [...] pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios [...]*”. Así, la norma relativa al uniforme parece neutral puesto que se aplica a todos los trabajadores sin distinciones en cuanto a su religión, sin embargo, los de una confesión religiosa resultarían más dañados que los de otra. Digo esto porque muchas creyentes del islam consideran que su religión les impone el uso del hiyab, al igual que los judíos consideran que deben cubrirse la cabeza, sin embargo, los cristianos no se ven en la obligación de portar una cruz cristiana. Así, los de las dos primeras religiones se verían más perjudicados que los de la tercera. Aun así, no se puede concluir directamente que ha habido discriminación indirecta, puesto que queda analizar si la finalidad es legítima y si los medios son adecuados y necesarios.

La Abogada general del asunto C-157/15 señaló que dos fines legítimos serían, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y el cumplimiento de ciertos requisitos profesionales especiales.⁶⁴ El primero se encuentra en el art. 2.5 de la Directiva, que indica que “*(l)a presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.*” Hay que analizar de qué modo afecta la norma a los derechos y a las libertades de las partes afectadas, es decir, a los de trabajadores, a los de los clientes y a la libertad empresarial, de los cuales ninguno se ha visto perjudicado y por ello no considero que el fin sea legítimo. Esto es así puesto que nadie obliga al resto de trabajadores a utilizar hiyab, los clientes pueden comunicarse perfectamente con la trabajadora aunque lo utilice y no se ha señalado que las ventas empresariales hayan descendido desde que Lauta utiliza hiyab.

El segundo fin legítimo se encuentra en el art. 4.1 de la misma, que señala que “*no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.*” Me gustaría traer a colación la interpretación del mismo que ha efectuado el TJUE al resolver una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Francia⁶⁵ señalando que el deseo manifestado por el cliente de una empresa de que los servicios de la misma no sean prestados por una empleada que usa hiyab no son un requisito profesional esencial y determinante. Indica el tribunal que “*sólo*

⁶⁴ Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016 [ECLI:EU:C:2016:382]. Punto 60.

⁶⁵ STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE\2017\24]. Caso Asma Bougnaoui contra Micropole S.A: la empresa contrató a Asma, la cual utilizaba velo islámico. Tras ser enviada a desempeñar un trabajo con un cliente de la empresa, este solicitó que la empleada no acudiese más con velo; ante la negativa de Asma de acudir sin hiyab cuando trabajase con clientes fue despedida. Presentó una demanda que fue desestimada, al igual que el ulterior recurso interpuesto, por lo que interpuso recurso de casación ante el Tribunal de Casación, que decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE acerca la interpretación del art. 4.1 de la Directiva 2000/78. (Asunto C-188/15).

en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante”⁶⁶.

El principio de proporcionalidad que se menciona en este último artículo, exige que se superen tres juicios: uno de idoneidad en el que se comprueba si la medida adoptada es idónea para alcanzar el fin que se propone; otro de necesidad en cuanto a la medida para comprobar que no haya otras menos dañosas; y otro de proporcionalidad en sentido estricto entre el fin y la medida para verificar que esta no es desproporcionada⁶⁷.

Hay que tener en cuenta varios aspectos para determinar si la medida es proporcional, los cuales han sido señalados por la abogada general del asunto C-157/15 en sus conclusiones⁶⁸. Entre ellos se incluyen la valoración del tamaño y la vistosidad del símbolo, el puesto de trabajo del trabajador, el contexto de la actividad empresarial y la identidad nacional del Estado de que se trate. No considero que prohibirlo sea adecuado ya que intuyo que el fin es simplemente estético, como ya precisé, de modo que no se puede alegar que sea garantizar la neutralidad religiosa empresarial, el cual sería legítimo, al contrario que el puramente estético. Considero que Laura ha sido discriminada de forma indirecta puesto que la norma que impide utilizar prendas que no formen parte del uniforme es aparentemente inocua, sin embargo genera un perjuicio adicional a quienes profesen una determinada religión, sin tener para ello un fin legítimo.

En sexto lugar, haría alusión a que el apartado primero del art. 17 ET en su inciso primero, se centra en la no discriminación en las relaciones laborales y señala que las actuaciones que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razones de religión en el trabajo serán nulas. No me detendré en este apartado puesto que ya lo he hecho en lo que se refiere a la Directiva 2000/78/UE y en sus artículos se expresa de forma más detallada lo contenido en este.

En séptimo lugar, me gustaría presentar dos casos resueltos recientemente. El caso resuelto por el JSO de Palma de Mallorca⁶⁹ por ser muy similar al que nos ocupa. Daniela era una trabajadora de Acciona Airport Services, cuando le comunicó a la empresa su intención de hacer uso del hiyab en su puesto de trabajo, le fue permitido en un primer momento, para serle denegado un día después. Esta decisión se adoptó sobre la base de que no se podían vestir prendas no incluidas en el uniforme con el objetivo de dar una imagen de neutralidad. Ante la negativa de Daniela de dejar de utilizar el hiyab en el trabajo recibió siete sanciones disciplinarias por lo que sufrió episodios de ansiedad y un aborto. Daniela interpuso una demanda alegando la vulneración del art. 16.1 CE. Finalmente el Tribunal resolvió en favor de Daniela por lo siguiente: el hiyab manifiesta las creencias religiosas de la demandante; la empresa no se mantiene neutral en aspectos religiosos puesto que otros compañeros de Daniela utilizan colgantes de cruces cristianas, por lo que la prohibición impuesta se basa en exigencias estéticas con el fin de mostrar una imagen de uniformidad empresarial; además, no se ha probado que la empresa haya sufrido perjuicios por esta actuación.

Es importante tener en cuenta este caso ya que los hechos son semejantes al caso planteado. Sin embargo, hay que tener también presente el modo en que el TJUE ha resuelto la cuestión prejudicial analizada previamente en el asunto C-157/15. Podemos

⁶⁶ STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE\2017\23].

⁶⁷ TAJADURA TEJADA, J.: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, op. cit., p. 92.

⁶⁸ Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016 [ECLI:EU:C:2016:382]. Apartado segundo del punto 141.

⁶⁹ SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS\2017\8].

ver que las dos sentencias tienen tan solo un mes de diferencia y sin embargo llegan a resultados opuestos, en el primero consideran que la trabajadora puede utilizar el hiyab en el puesto de trabajo y que la decisión adoptada por la empresa, no es adecuada; mientras que, en el segundo, el tribunal considera que la trabajadora no puede portar el hiyab en el puesto de trabajo y que la empresa ha decidido despedirla de forma adecuada.

Como es sabido, es importante atender a la jurisprudencia a la hora de resolver un caso concreto, por ello hay que observar los hechos al detalle, al hacerlo se puede ver que existe una diferencia fundamental entre ellos: mientras que en el caso resuelto por el JSO de Palma de Mallorca la empresa no impedía el uso de símbolos religiosos en aras de la neutralidad empresarial, permitiendo que otros trabajadores hicieran uso de símbolos menos llamativos; en el asunto de Samira Achbita contra la empresa privada para la que trabajaba, esta última sí que había adoptado la decisión buscando la neutralidad empresarial y no permitía que otros trabajadores hicieran uso de símbolos religiosos. Analizando los hechos que concurren en el caso concreto, podemos ver como se parece en mayor medida al caso resuelto por los tribunales españoles, de modo que será a este al que habrá que prestarle una mayor atención.

A la vista de todos los argumentos que he aportado y por todo lo mencionado previamente, queda claro que considero que el despido de Laura no procedía, a mi juicio Laura ha sido discriminada a causa de la religión, hecho claramente prohibido en nuestra legislación, de modo que el despido efectuado por Maca S.A., contra Laura debe ser declarado nulo.

III. DEMANDA POR DAÑOS Y PERJUICIOS PSICOLÓGICOS

A) Principales problemas que se plantean en torno al concepto de *daño moral*.

A la vista del título de este epígrafe, queda patente que el concepto de *daño moral* ha suscitado diversos problemas a lo largo de los años, por lo que me gustaría tratarlos de forma breve a modo de introducción. Para comenzar, querría definir el concepto de *daño moral*, para tener claro en qué ambiente nos movemos, sin embargo, este es el primero de los problemas que surgen. No se ha podido dar una definición que sea capaz de abarcar todo lo que supone el daño moral, por ello, se termina recurriendo a una definición negativa, señalándose que “*daño moral es, así, el que no es patrimonial*”⁷⁰. El hecho de que tengamos este tipo de definición, es debido a que tanto el daño patrimonial, como el daño moral, son inseparables, pues ambos “*se refieren a [...] consecuencias posibles de una misma realidad referida en todo caso a las consecuencias negativas de un comportamiento ajeno*”⁷¹. De modo que no resulta fundamental definir lo que es el *daño moral*, basta con conocer lo que se entiende por daño.

El segundo problema que existe, es el de diferenciar entre los daños merecedores de una indemnización por no tener que ser soportados por quien los padeció y entre aquellos otros no merecedores de la misma.

El tercer problema suscitado es la valoración los daños merecedores de indemnización. A pesar de que lo trataré de forma más detallada en el epígrafe siguiente, adelantaré que es una tarea complicada. Queda claro que traducir en dinero un daño moral es difícil puesto que se trata de elementos que no pueden ser comprados por lo que dependerá del valor que se le dé al bien jurídico vulnerado, cuestión que no es unánime ni entre la población, ni por su puesto, entre los juzgadores.

B) La discriminación como causa para alegar el padecimiento de *daño moral*.

Para el tratamiento de este epígrafe, me basaré de forma principal en lo mencionado por AGUILERA RULL⁷². A pesar de que en su estudio, se centra en la discriminación basada en el sexo, lo he utilizado como base porque lo considero extrapolable a la discriminación religiosa puesto que ambos toman su origen del art. 14 CE⁷³ por ser tipos de discriminación.

En primer lugar, hay que señalar que la propia legislación laboral ampara la percepción de indemnizaciones basadas en el daño moral padecido. Esto se deduce de la lectura conjunta tanto del art. 177.1 LRJS como del art. 183.1 de la misma norma. El primero de ellos, menciona que “*(c)ualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas[...]*”. El segundo de ellos, precisa que “*(c)uando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la*

⁷⁰ GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de daño moral”, en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, (GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., Dires.), Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 51.

⁷¹ GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de daño moral”, *op. cit.*, p. 52.

⁷² AGUILERA RULL, A.: “Daño moral por discriminación”, en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, (GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., Dires.), Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 619-644.

⁷³ Art. 14CE “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.” Antes de continuar, diré que considero jurídicamente oportuna la interposición por parte de Laura contra Maca, S.A., de una demanda por daños y perjuicios.

A pesar de que lo mencionado previamente es positivo, esto no quiere decir que la obtención de la indemnización vaya a ser simple. El primer obstáculo que se plantea es que el TS se ha pronunciado de formas diferentes en cuanto a la presunción del daño moral al producirse injerencias ilegítimas en los derechos fundamentales. Cuando se trataba del derecho al honor, el daño moral era presumido; sin embargo, en casos de vulneración de la libertad sindical, no ha sido así, concluyéndose que no bastaba con alegar el sufrimiento de un daño moral, sino que se precisaba justificar en qué medida la intromisión ilegítima había afectado a la dignidad personal.⁷⁴ Sin embargo, de este obstáculo saldremos airosos puesto que, para el caso de la discriminación religiosa, debe aplicarse la primera de las posturas por asemejarse más a la vulneración del derecho al honor que a la libertad sindical. Sin embargo, si esto no fuese entendido de tal modo, “*es difícil imaginar una vulneración del derecho a la igualdad que no conlleve una lesión de los derechos de la personalidad y por tanto un daño moral*”⁷⁵, de modo que no resultaría complejo aportar indicios de que la conducta ha provocado tal daño.

Aplicando lo mencionado al caso, como ya he precisado, considero que la empresa ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa de una de sus trabajadoras. Además, ha quedado patente, que la empleada cuyo derecho fue vulnerado, a raíz de estos acontecimientos, padeció varios episodios de ansiedad que derivaron en una depresión aguda. Por todo ello, Laura merece ser indemnizada por el daño moral sufrido.

En segundo lugar, tras haber quedado patente el padecimiento de un daño moral, debe valorarse el daño, esta tarea no resulta sencilla puesto que no existen baremos para hacerlo de forma uniforme. Por ello, algunos juzgadores optan por aplicar la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación⁷⁶. Esto trae consigo dos problemas: el primero, es que las sentencias conllevan indemnizaciones muy dispares, con lo que casos similares pueden derivar en indemnizaciones diferentes, puesto que nada obliga a los jueces a hacerlo de un modo determinado; el segundo, es que los baremos no están pensados para este tipo de supuestos por lo que no se ajustan de forma adecuada a ellos.⁷⁷

A la hora de valorar los daños, los jueces deberían tener en cuenta todas las circunstancias del caso, contando con que cada persona es diferente y que una misma actuación puede resultar inocua hacia una y sin embargo, provocar ansiedad en otra. Esto es algo que debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar los daños, puesto que dependerá de las circunstancias y de las características personales del sujeto (aunque la valoración no puede depender únicamente de cómo le ha afectado la situación a la víctima). Además, el tribunal deberá analizar sentencias dictadas en supuestos similares, puesto que sólo de este modo, se podría derivar en una indemnización justa. Por otra parte, si lo considerase útil, podría apoyarse en las tablas existentes para valorar los daños producidos en accidentes de circulación a las que me he referido. Dicho esto, aportaré las resoluciones

⁷⁴ AGUILERA RULL, A.: “Daño moral por discriminación”, *op. cit.*, pp. 633-635.

⁷⁵ AGUILERA RULL, A.: “Daño moral por discriminación”, *op. cit.*, p. 636.

⁷⁶ BOE núm. 228 de 23 de Septiembre de 2015; en adelante, Ley 35/2015.

⁷⁷ AGUILERA RULL, A.: “Daño moral por discriminación”, *op. cit.*, pp. 637 y 644.

de dos casos que considero que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la indemnización de Laura en el caso presente:

El primero de ellos, es el asunto Eweida y otros contra Reino Unido resuelto por el TEDH, que será analizado más adelante. En él, el tribunal decidió concederle la indemnización mediante la siguiente argumentación: “(e)l Tribunal considera que la violación de su derecho a manifestar su creencia religiosa debe haber causado a la señora Eweida una angustia, frustración y ansiedad considerable. Por lo tanto, otorga 2.000 euros en concepto de daño moral”⁷⁸. Este caso resulta muy ilustrativo puesto que se le concedió tal indemnización simplemente por la angustia, ansiedad y frustración, mientras que en el presente caso, la trabajadora, además de ansiedad ha sufrido depresión. Por ello, considero que a la Laura le correspondería una indemnización mayor.

El segundo de ellos, es el caso seguido por una trabajadora de Acciona Airport Serice, también analizado previamente, en el que el juzgado señaló “(q)ue ESTIMANDO la demanda interpuesta por Dña. A. S. R. contra la entidad Acciona Airport Services S.A.U., debo DECLARAR y DECLARO la existencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de la Sra. S. [...] ORDENANDO a la empresa [...] el abono de la indemnización por los daños y perjuicios causados, calculada en 7.892 euros.”⁷⁹ En él, la trabajadora había manifestado padecer ansiedad, estrés, trastornos del sueño y un aborto. Este caso es muy relevante para resolver el que me ocupa puesto que, como manifesté previamente, es similar al planteado. Sin embargo, queda patente que los perjuicios psicológicos padecidos por la trabajadora de Acciona Airport Services han sido más graves que los de Laura, por ello considero que la indemnización que debe corresponderle a ella, debe ser inferior.

A la vista de los casos aportados, considero que la indemnización por daños y perjuicios que debe recibir Laura por la actuación de la empresa Maca, S.A., debe ser intermedia entre el primero de los casos y el segundo, puesto que no fue ni tan leve ni tan grave.

C) El acoso laboral, los delitos de odio y las injurias.

Trataré conjuntamente en este apartado los tres delitos que menciono en el título del subepígrafe puesto que son en los que, a priori, podrían tener acomodo la conducta desarrollada por los compañeros de trabajo de Laura al burlarse de ella y hacer comentarios a sus espaldas a causa del uso por parte de esta del velo islámico. Indicaré que este apartado podría tratarse de una forma mucho más extensa puesto que los datos que se me aportan son limitados, por lo que podría tratar una multitud de posibilidades; sin embargo, el espacio que tengo es limitado, de modo que haré un breve análisis.

Comenzaré haciendo alusión al acoso laboral puesto que las burlas y comentarios podrían considerarse una manifestación del mismo, siendo el objetivo que el trabajador acosado abandone su trabajo⁸⁰. Lo primero a tener en cuenta para comprender la regulación existente del acoso, es que ha sido configurado como una forma de discriminación⁸¹. En cuanto a la legislación a tener en cuenta:

⁷⁸ STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH\2013\12]. Punto 114.

⁷⁹ SJSO de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS\2017\8]. Fallo.

⁸⁰ PEÑA PÉREZ, R.: *Cómo enfrentarse al acoso laboral o mobbing. Guía personal y legal*, Servidoc, Barcelona, 2011, p. 39.

⁸¹ GONZÁLEZ CALVET, J.: “Acoso y discriminación, discriminación múltiple”, en AA VV, *Tratamiento integral del acoso*, (RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M. D., Diras.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 115.

En primer lugar, la CE, puesto que varios de sus artículos vistos conjuntamente impiden el acoso por motivos religiosos. Así, el art. 10.1 CE, que protege la dignidad de la persona; el art. 14CE, relativo a la igualdad y a la prohibición de discriminación; el art. 15CE que reconoce el derecho a la integridad moral, el art.16CE que reconoce el derecho a la libertad religiosa y por último, el art. 18CE relativo al derecho al honor. Adelanto que no considero que unas burlas y críticas llevadas a cabo durante unas semanas (único dato temporal aportado) puedan acarrear una intensidad tan grande como para entender aplicables estos preceptos.

En segundo lugar, el ET. El art. 4.2 del mismo en su letra c) menciona que no se podrá discriminar a los trabajadores por motivos religiosos, y en la letra e), que el acosado deberá ser protegido; el art. 17 ET también prohíbe la discriminación religiosa; el art. 54.2.g) ET puesto que menciona entre las causas por las que un trabajador puede ser despedido disciplinariamente “(e)l acoso por razón de [...] religión o convicciones [...] al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.” Estos preceptos no son relevantes en cuanto a la actuación de los compañeros puesto que o van dirigidos al empresario o condenan actuaciones emprendidas por él.

En tercer lugar, a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁸², que además de contener preceptos dedicados al acoso físico (art. 172 ter CP) y al acoso sexual en el ámbito laboral (art. 184CP), los dos primeros incisos del art. 173.1 CP resultan relevantes en cuanto al acoso moral (solo me centraré en el primero puesto que el segundo va referido al vertical). Señala que “(e)l que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. Sin embargo, en este caso no concurre puesto que resulta de aplicación para los casos más graves de acoso, como se puede ver en la reciente sentencia dictada por la AP de Madrid⁸³.

Una vez vista la legislación que considero más relevante para resolver el supuesto planteado puedo analizar si concurre o no. Para ello, tendré en cuenta que en la sentencia aportada en el párrafo anterior, se incluye la definición de acoso laboral que efectuó el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, señalando que es “aquella situación en la que una persona o grupo de personas, ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática al menos, una vez por semana durante un tiempo prolongado, más de seis meses, sobre otra persona en el lugar de trabajo”. En el caso presente no se aportan ejemplos de las burlas ni de los comentarios por lo que no puedo analizar su gravedad; además, en la definición aportada y según PEÑA PÉREZ⁸⁴, debe ser una situación prolongada en el tiempo, sobre el que no se me ha facilitado información, sin embargo, se alude a semanas, por lo que no considero que se deba suponer que han pasado más de seis meses. Así, con los datos que me han sido aportados, debo concluir que no ha existido acoso laboral.

Me gustaría tratar brevemente los delitos de odio puesto que además de estar a la orden del día, los compañeros de trabajo de Laura llevaron a cabo actuaciones que podrían encuadrarse en los mismos. Para comenzar, diré que este tipo de delito puede ser cometido en varias modalidades, las cuales, vienen sancionadas en el art. 510 CP. Pueden tener como causa un amplio elenco de posibilidades, puesto que se encuentran todas las características que pueden hacer a una persona “diferente”, a modo de ejemplo: la

⁸² BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995.

⁸³ AAP de Madrid de 9 de enero de 2017 [JUR/2017/24513]. FJ 2.

⁸⁴ PEÑA PÉREZ, R.: *Cómo enfrentarse al acoso laboral o mobbing. Guía personal y legal, op. cit.*, p. 39.

religión, la raza o la orientación e identidad sexuales. Se castiga todo acto cuyo fin sea lograr que otras personas se muestren hostiles, violentas o discriminatorias hacia otra por alguna de las causas que precisa en su articulado al estar incentivando el odio.

Para resolver el caso presente, resulta relevante atender al art. 510.2.a) CP, puesto que declara que serán sancionados “(q)uienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos [...] referentes a la ideología, religión o creencias [...]”. Como se puede ver, este artículo hace alusión a acciones que entrañen “menosprecio o descrédito”, aunque las burlas y comentarios suelen entrañar ambos aspectos y se llevaron a cabo desde que Laura comenzó a utilizar el hiyab, de modo que fueron a causa de su religión (si se quiere, a causa de su vestimenta, pero dado que esta se haya íntimamente vinculada a la primera, mantengo que la causa fue la religión), no considero que haya tenido lugar un delito de odio, puesto que este delito se reserva también para casos graves, no para unas simples burlas y comentarios a las espaldas (comúnmente llamados “críticas”). Además, no puedo concluir que se ha cometido un delito tan grave como este sin tener conocimiento exacto de las expresiones, así, considero que no ha tenido lugar.

Por último haré alusión al delito de injurias, penalizadas en el art. 208 CP al señalarse que “(e)s injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves [...]”. Estableciéndose en el artículo siguiente la pena con la que se castigarán. Se puede ver que las burlas y comentarios son expresiones que atentan a la dignidad de la persona de modo que atacan a su propia estimación. Sin embargo, solamente constituirán delito las que sean graves, a lo que debo decir que no puedo considerar como graves estos hechos puesto que no conozco el tipo de burlas que se efectuaron. De modo que, a priori, debo concluir que no ha tenido lugar un delito de injurias, puesto que para considerarlo cumplido deberían ser expresiones bastante duras.

En vista de mi análisis, diré que, a pesar de la actuación de los compañeros de Laura es reprochable y que en ningún momento debería haber tenido lugar, no tiene una entidad grave.

IV. USO DEL NIKAB O DEL BURKA EN LOS PUESTOS DE TRABAJO

A) El velo integral: tipos y diferencias.

Antes de comenzar me gustaría precisar que para la elaboración de este apartado me he basado fundamentalmente en las aportaciones realizadas por CAMARERO SUÁREZ, V.,⁸⁵ y por ARECES PIÑOL, M. T.,⁸⁶ puesto que las he encontrado muy útiles.

Para comenzar, señalaré que existen distintos tipos de velos integrales, porque desde Occidente, cuando tratamos este asunto, parece que solo existe el burka. Dado que no tengo espacio para referirme a todos ellos, mencionaré los cuatro que considero más relevantes: En primer lugar, el burka, tradicional de Afganistán, se caracteriza por cubrir todo el cuerpo, incluida la cara y los ojos de las mujeres, permitiendo ver a través de una malla. Quienes utilizan el burka suelen llevar las manos también cubiertas, de modo que no se pueda ver ninguna parte del cuerpo. En sus orígenes tenía dos funciones: la protección del viento y de los secuestradores que buscaban mujeres jóvenes. Su uso devino obligatorio cuando los talibanes alcanzaron el poder en Afganistán.⁸⁷

En segundo lugar, el niqab, tradicional de los países árabes del golfo Pérsico, Siria y Jordania, cubre la cabeza de la mujer, incluyendo la cara salvo los ojos; las mujeres que lo utilizan suelen portar también una túnica llamada “abaya” cuyo fin es cubrir hasta las rodillas o los pies. Además, suelen cubrir sus manos y solo puede ser de color negro. En tercer lugar, el chador, es utilizado mayormente en Irán, sobre todo por mujeres que habitan en las zonas rurales.⁸⁸ En cuarto y último lugar, el burkini, cubre todo el cuerpo salvo las manos, los pies y la cara, se utiliza para hacer deporte o como traje de baño.

B) Regulación del velo integral en Europa.

Las sentencias que se han ido dictando y las normativas adoptadas por los Estados europeos en torno al velo integral le atribuyen un significado amenazante. Existen dos posturas diferenciadas en Europa, encabezadas por Francia y Reino Unido. Son el resultado de dos modelos diferentes en cuanto a la integración de los extranjeros. El modelo asimilacionista, encabezado por Francia, se basa en que las minorías de un Estado deben adaptarse a la cultura del lugar en que viven, por ello, Francia opta por la prohibición del velo integral en los espacios públicos. El modelo multiculturalista, representado por Reino Unido, se basa en el respeto en cuanto al mantenimiento de las notas características de las minorías que habitan en el país, y por ello, Reino Unido opta por la libertad en cuanto al niqab.⁸⁹

En Francia, su regulación prohibitiva se basa en la laicidad, ya que el régimen de separación Iglesia-Estado constituye una nota característica⁹⁰. Ello unido a que lo consideran una práctica cultural, ha hecho que lo prohíban de forma general. Esto a pesar

⁸⁵ CAMARERO SUÁREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., pp. 56-102.

⁸⁶ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp. 86-190.

⁸⁷ SÁNCHEZ DE HARO, B.: “Burka, chador, niqab e hiyab, diferencias”, en *AZperiodistas*. Disponible en: <http://www.azperiodistas.com/burka-chador-niqab-e-hiyab-diferencias/770> (fecha de consulta: 20/04/2017).

⁸⁸ SÁNCHEZ DE HARO, B.: “Burka, chador, niqab e hiyab, diferencias”, op. cit.

⁸⁹ RETORILLO OSUNA, Á., [et ál.]: “Inmigración y modelos de integración: entre la asimilación y el multiculturalismo”, en *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 7, Universidad de Valladolid, 2006, pp. 130-132. Disponible en: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11345> (fecha de consulta: 30/04/2017).

⁹⁰ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp. 86-87.

de la Resolución⁹¹ dictada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 23 de junio de 2010⁹² que en su punto 17 precisaba “*a general prohibition might have the adverse effect of generating family and community pressure on Muslim women to stay at home and confine themselves to contacts with other women. Muslim women could be further excluded if they were to leave educational institutions, stay away from public places and abandon work outside their communities, in order not to break with their family tradition.*”⁹³. En el punto anterior indicaba que una restricción a utilizar estas prendas “*may be justified where necessary in a democratic society, in particular for security purposes or where public or professional functions of individuals require their religious neutrality or that their face can be seen. However, a general prohibition of wearing the burqa and the niqab would deny women who freely desire to do so their right to cover their face*”.⁹⁴

La regulación en cuanto al uso del velo integral comienza con la sentencia del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2008, mediante la que se le negaba la nacionalidad francesa a una mujer que vestía esta indumentaria por entenderse que no había asimilado los valores de la nación francesa⁹⁵. Así, la Asamblea Nacional Francesa, presentó un informe el 26 de enero de 2010 sobre la situación de estas prendas en Francia. En él se constata que “*no son interpretados como símbolos religiosos, sino como [...] políticos islamistas, fuera de la Teología adecuada del islam republicano que encarna una versión benigna y respetuosa del islam, frente a un aislamiento peligrosamente político*”⁹⁶. Además, Francia puso el punto de mira en sus valores sociales básicos, como son la libertad, la igualdad y la fraternidad, señalando que su uso se contraponen a todos ellos: A la libertad, porque, a pesar de incluir la libre elección de la vestimenta, se puede limitar por el orden público o los derechos de terceros, además, las mujeres que utilizan esta prenda son excluidas; a la igualdad, por ser un símbolo de desigualdad entre hombres y mujeres y denigrante ya que solo las segundas están obligadas a utilizarlo; y a la fraternidad, porque impide a sus usuarias la plena comunicación con los demás.⁹⁷

El Consejo de Estado, mediante su informe de la Asamblea General Plenaria de 25 de marzo de 2010, analizó si sería oportuno prohibir el burka de forma autónoma o de forma general prohibiendo ocultar el rostro y concluyó que sería más adecuado hacerlo del segundo modo. Se adoptó la medida basándose en el orden público en su vertiente de

⁹¹ Resolución tratada por ARECES PIÑOL, M. T. en su obra: *La prohibición del burka en Europa y en España, op. cit.*, p. 195.

⁹² Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Resolution 1743 (2010). Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, de 23 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17880&lang=en> (fecha de consulta: 24/04/2017).

⁹³ “Una prohibición general podría tener el efecto contrario de generar una presión familiar y comunitaria sobre las mujeres musulmanas para que se queden en casa y reduzcan sus contactos con otras mujeres. Las mujeres musulmanas podrían quedar excluidas si, para no romper con sus tradiciones familiares, tienen que abandonar las instituciones educativas, quedarse fuera de espacios públicos o abandonar el trabajo fuera de sus comunidades” (traducción propia).

⁹⁴ “Podría estar justificada cuando fuese necesaria en una sociedad democrática, en particular para garantizar la seguridad o cuando se trate de funciones públicas o determinadas profesiones que requieran la neutralidad religiosa de los individuos o que sea vista su cara. Sin embargo, una prohibición general de utilizar el burka y el niqab dañaría a las mujeres que libremente deciden ejercer su derecho a cubrir su cara” (traducción propia).

⁹⁵ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España, op. cit.*, pp. 96-97.

⁹⁶ CAMARERO SUÁREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas, op. cit.*, p. 56.

⁹⁷ MEDINA, G.: “Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, *op. cit.*, pp. 170-171.

seguridad pública, permitiéndose su adopción en lugares sometidos a un riesgo de alteración, que la medida sea proporcionada, que existan garantías y que se preste atención al control que efectuará el TEDH.⁹⁸ Así, fue adoptada la Ley 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, que prohíbe de ocultar el rostro en los lugares públicos. A la entrada en vigor de la ley, la Gran Sala del TEDH⁹⁹ se manifestó alegando su legitimidad tras una demanda interpuesta por una mujer musulmana residente en Francia que alegaba que la misma vulneraba su derecho a la libertad religiosa, es el caso S.A.S., contra Francia¹⁰⁰. En el caso, la demandante alegaba la vulneración del art. 9 CEDH a lo que el tribunal respondió de forma negativa. Es importante tener en cuenta lo señalado por CAMARERO SUÁREZ, V.,¹⁰¹ respecto a la involución que ha manifestado el laicismo francés, puesto que en el pasado apoyaba la libertad religiosa, mientras que actualmente prohíbe actos en expresión de esta libertad.

En su línea se encuentra Bélgica, que desde el 1 de junio de 2011 prohíbe las prendas que ocultan el rostro en los espacios públicos, así, se convirtió en el segundo país de la UE en hacerlo. Se basa en la seguridad pública, en que no es asimilado como un elemento religioso y en cuestiones sanitarias (falta de vitamina D en sus usuarias)¹⁰². Bulgaria en 2016 decidió solo permitir su uso en privado y en lugares de culto. Austria en enero de 2017 ha comunicado que lo prohibirá en los espacios públicos.¹⁰³

Reino Unido considera que va en contra de sus bases estatales el establecer una regulación general para el uso de este tipo de indumentaria aunque han ido estableciendo prohibiciones parciales.¹⁰⁴ En su línea se encuentran Holanda, Italia, Suiza y Alemania. En Holanda se están intentando prohibir las prendas que oculten el rostro en determinados espacios públicos (ya ha votado de forma favorable el parlamento pero falta senado)¹⁰⁵. Italia no ha establecido una ley general pero permite prohibirlo en determinados espacios.¹⁰⁶ En Suiza, se permite a los cantones adoptar prohibiciones, actualmente se puede utilizar en todos salvo en Tessin, cuya prohibición entró en vigor en julio de 2016¹⁰⁷. En Alemania, se prohíbe su uso en determinados espacios o durante ciertas actividades¹⁰⁸, sin embargo, el congreso votó para prohibirlas parcialmente, de modo que no puedan ser utilizadas por empleados públicos (falta la votación del senado); por último, Dinamarca, permite a las empresas, escuelas y administraciones regular su uso en sus establecimientos.¹⁰⁹

Se han criticado las normas prohibitivas fundamentándose en dos motivos. El primero sería porque con su adopción se estaría dañando a las mujeres que lo utilizan ya

⁹⁸ CAMARERO SUÁREZ, V.: *el velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., pp. 57-70.

⁹⁹ STEDH de 1 de julio de 2014 [TEDH\2014\36].

¹⁰⁰ Sentencia analizada en el siguiente manual: ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp.133-135.

¹⁰¹ CAMARERO SUÁREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., p. 79.

¹⁰² ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp. 135-140.

¹⁰³ AGENCIA AFP.: "Otras normativas vigentes en Europa sobre el velo islámico integral", en *El comercio*. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/normativas-vigentes-europa-velo-islamico.html> (fecha de consulta: 27/05/2017).

¹⁰⁴ CAMARERO SUÁREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., p. 102.

¹⁰⁵ AGENCIA AFP.: "Otras normativas vigentes en Europa sobre el velo islámico integral", op. cit.

¹⁰⁶ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp. 147-149.

¹⁰⁷ AGENCIA AFP.: "Otras normativas vigentes en Europa sobre el velo islámico integral", op. cit.

¹⁰⁸ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp. 153-156.

¹⁰⁹ AGENCIA AFP.: "Otras normativas vigentes en Europa sobre el velo islámico integral", op. cit.

que se verían relegadas al plano doméstico; el segundo, se basa en que muchas mujeres utilizan esta prenda de forma voluntaria. Sin embargo, la postura en favor de la prohibición, señala que aunque esta prenda sea adoptada voluntariamente, puede prohibirse su uso dado que atenta contra la seguridad e impide la prevención y la comunicación entre los individuos, como ha expresado MEDINA, G¹¹⁰.

C) La regulación del velo integral en España.

En España, a nivel estatal, varios partidos políticos lograron que el senado aprobase su propuesta para prohibir el velo integral en todos los espacios públicos el 23 de junio de 2010, sin embargo, el congreso la rechazó al mes siguiente. Las verdaderas iniciativas tuvieron lugar en Cataluña en 2011, cuando el partido popular presentó una propuesta ante el parlamento catalán en aras de que el Estado llevase a cabo la prohibición, fue rechazada y el debate se paralizó. Se retomó en abril de 2013, cuando ciudadans propuso la modificación de la Ley de libertad religiosa para prohibir esta prenda pero no fue apoyada al considerar que no debería encuadrarse en dicha ley. Así, el 10 de julio de 2013, Convergència i Unió presentó la propuesta determinante para iniciar el camino hacia la prohibición de estas prendas en los espacios públicos sobre la base de aquellas que ocultasen el rostro. Han surgido iniciativas municipales para regularlo mediante la forma de ordenanzas, y a pesar de que el ayuntamiento de Barcelona, en el año 2007 tuvo la iniciativa; fue el de Lleida el primero en aprobar la prohibición en edificios de titularidad del municipio bajo el argumento de que el ayuntamiento puede regular los criterios de admisión de las personas en dichos espacios pero no en todos los lugares públicos.¹¹¹

Por lo que respecta a la modificación de la ordenanza de Lleida que contenía dicha prohibición, la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia la recurrió ante el TSJ de Cataluña solicitando su suspensión por considerar que el ayuntamiento no tenía potestad para adoptarla y porque afectaba a derechos fundamentales. En un primer momento, el Tribunal, decidió suspenderla cautelarmente puesto que *“la aplicación de la modificación de la Ordenanza impugnada podría comportar perjuicios sino irreparables, en todo caso de muy difícil reparación para aquellas personas a las que se impidiera el acceso a determinados espacios municipales [...] si el recurso se viera finalmente estimado, en tanto que la suspensión cautelar no genera perjuicio alguno [...], pues desde luego la obligación de todo ciudadano de identificarse a requerimiento de autoridad o funcionario legitimado viene impuesta por la legislación vigente”*¹¹².

Sin embargo, el TSJ¹¹³ desestimó el recurso señalando que el derecho fundamental a la libertad religiosa, no habilita a comportarse en todo lugar y momento según las convicciones propias. Por lo que respecta a la potestad del ayuntamiento para adoptar la medida, señala que tiene plenas potestades por lo siguiente: Primero, la doctrina de la vinculación negativa de la Administración a la ley (actualmente seguida por el TS) permite que los ayuntamientos legislen si no vulneran la legislación en vigor, sin precisar una habilitación previa. Segundo, sobre la base de los artículos 139¹¹⁴ y 140 de la Ley

¹¹⁰ MEDINA, G.: “Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, *op. cit.*, p. 168.

¹¹¹ ARECES PIÑOL, M. T: *La prohibición del burka en Europa y en España*, *op. cit.*, pp. 159-161.

¹¹² ATSJ de Cataluña de 12 de enero de 2011 [JUR\2011\40028]. FJ. 2.

¹¹³ STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2011 [JUR\2011\291592].

¹¹⁴ Art. 139 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local “Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes,

7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹¹⁵, los entes locales pueden establecer sanciones para regular la convivencia y evitar dañar la tranquilidad o los derechos de los demás. Tercero, la prohibición del burka viene justificada ya que perturba la tranquilidad por impedir la identificación de la persona. Cuarto, según la jurisprudencia del TC, las ordenanzas municipales pueden incidir en la regulación de los derechos fundamentales de carácter accesorio.

Contra esta sentencia, se recurrió ante el TS¹¹⁶, que anuló la modificación. Por lo que respecta a la vulneración del art. 16CE, el Tribunal acepta que el velo integral sea un elemento religioso por estar inspirado en el islam. Por lo que respecta a la competencia de los ayuntamientos para adoptar decisiones como esta, señala: Primero, los derechos fundamentales no pueden limitarse mediante ordenanzas, sino que se precisa una ley previa que limite el derecho. Segundo, aunque los ayuntamientos puedan establecer prohibiciones y sanciones, deben hacerlo con el objetivo de preservar la convivencia en el municipio, señalando que la limitación de un derecho fundamental concierne a todos los ciudadanos por lo que trasciende del interés local. Tercero, considera que los argumentos relativos a la seguridad y al orden público carecen de fundamento. Cuarto, por lo que respecta a la protección de la dignidad de la mujer, señala que si estas son mayores de edad y deciden utilizar hiyab lo hacen de forma libre, de modo que debería respetarse su decisión.

Se han planteado varias críticas ante la resolución del TS. Primero, se indicó que la norma habilitadora previa sería la Ley de Libertad Religiosa que permite limitar la libertad religiosa en defensa del orden público. Segundo, que no aplica el test de proporcionalidad al caso, ya que algunos autores consideran que de él saldría un resultado favorable a la prohibición al verse que la ordenanza cumpliría el objetivo que se propone, es decir, la tranquilidad al poder ver el aspecto de los ciudadanos (idoneidad); no existe otra medida que pueda conseguir el objetivo (necesidad); solo se prohíbe en algunos espacios públicos (proporcionalidad en sentido estricto).¹¹⁷ Tras la anulación de la modificación de la ordenanza, el ayuntamiento de Lleida solicitó la declaración de nulidad de la sentencia del TS¹¹⁸ que así la declaraba; sin embargo, además de no conseguir su objetivo, fue multado por temeridad¹¹⁹.

D) El uso del velo integral en los puestos de trabajo.

Como ya he manifestado, el derecho fundamental a la libertad religiosa consagrado en el art. 16 CE no permite a las personas comportarse como consideren oportuno, según sus creencias religiosas, en todos los lugares y momentos. Por su parte, la libertad de empresa permite a los empresarios establecer normas de actuación y apariencia de sus empleados ya que son la cara visible de la empresa, pero con ciertos límites ya que por el hecho de una persona estar empleada, no pierde los derechos que la CE le ha otorgado.

Si la empresa le prohibiese a Laura trabajar haciendo uso de un burka o de un niqab, consideraría que no se estaría llevando a cabo una discriminación directa de Laura

prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.”

¹¹⁵ BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985; en adelante LBRL.

¹¹⁶ STS de 14 de febrero de 2013 [RJ\2013\2613].

¹¹⁷ ARECES PIÑOL, M. T: *La prohibición del burka en Europa y en España, op. cit.*, pp. 179-190.

¹¹⁸ ATS de 29 de abril de 2013 [JUR\2013\146662].

¹¹⁹ Sentencia tratada en la siguiente obra: ARECES PIÑOL, M. T: *La prohibición del burka en Europa y en España, op. cit.*, pp. 159-195.

a pesar de que a sus compañeros se les permitiese portar cruces u otros símbolos religiosos. Esto se debe a que consideraría que a Laura no se la discrimina por confesarse de la religión islámica, sino que lo que la empresa no desea es que sus empleados porten símbolos ostentosos que oculten su cuerpo. Queda claro que estas prendas no son equiparables con una cruz cristiana puesto que esta última es un mero accesorio, mientras que el burka y el niqab ocultan completamente a la mujer que los porta. Además, a pesar de estar vinculadas a la religión, como he manifestado previamente, en Europa se las está considerando más como prendas que atentan contra la seguridad y la igualdad entre sexos, de modo que la empresa podría tener ese mismo punto de vista y por lo tanto, querría prohibir que sus empleadas utilicen dichas vestimentas.

Por lo que respecta a la discriminación indirecta considero que no concurriría puesto que una de las excepciones para considerar que no se da en los casos, es que la medida adoptada tenga una finalidad legítima, adecuada, proporcional y necesaria. A esto cabe añadir lo precisado por el art. 4.1 de la Directiva, que señala que una diferencia de trato basada en algún aspecto relativo a la religión no será constitutiva de discriminación cuando se adopte para alcanzar una finalidad legítima, de forma proporcionada y la actividad profesional de que se trata y su contexto sean un requisito profesional esencial. Para demostrar la justificación de la excepción llevaré a cabo un juicio de proporcionalidad de la medida prohibitiva de vestir burka en el puesto de trabajo.

Por lo que respecta a la legitimidad del fin, la empresa no lo indica, solo señala que prohíbe prendas que no formen parte del uniforme. A la vista de que los demás trabajadores de la empresa portan símbolos religiosos, cabe considerarse que el fin es puramente estético, esto es lo que consideré cuando se trataba del hiyab; sin embargo, al tratarse del velo integral, que es una prenda que no permite ver la cara de la mujer que se encuentra trabajando, considero que la finalidad de la prohibición es de eficiencia empresarial y este es un fin legítimo ya que es el que permite que las empresas se mantengan, es la garantía de la actividad empresarial. Además, a esta finalidad vinculo la de mantener los requisitos profesionales esenciales que se requieren de una empleada que trabaja de cara al público como es la comunicación visual con los clientes la cual no podría ser mantenida con una trabajadora que utiliza burka y con una que hace uso de niqab lo sería de forma dificultosa. Por ello, considero que el fin es dual.

Por lo que respecta a la necesidad de la medida para alcanzar el fin, habría que analizar si existen otras medidas menos lesivas. La única medida alternativa que se me ocurre sería relegar a la dependienta al almacén, donde no estuviese en contacto con los clientes, sin embargo, estaría en juego su seguridad puesto que debería estar moviendo cajas y subiendo escaleras, actividades que no sería adecuado realizar con una prenda larga y que impide la visión plena. Sería peligroso, de modo que considero que la decisión de prohibir el velo integral es necesaria ya que no he encontrado una medida más adecuada. Aun así, el empleador podría señalarle que puede utilizar hiyab ya que a pesar de que no son lo mismo sería un punto intermedio. El hiyab no le impide establecer conexión con los clientes al permitir la comunicación, de modo que las ganancias empresariales no se verían afectadas y sería una forma de garantizar que el derecho a la libertad religiosa no se limita más allá de lo razonable.

Por lo que respecta a la idoneidad, hay que evaluar si con la prohibición de utilizar velo integral en el puesto de trabajo se favorecería la actividad empresarial. El objetivo de toda empresa es conseguir beneficios, algo que no se podrá lograr si la trabajadora no conecta con los clientes. El velo integral impide que las mujeres que lo portan conecten con el resto de la sociedad ya que en occidente la cara es un elemento fundamental de la persona,

de modo que el hecho de que la dependienta de unos almacenes haga uso del niqab impedirá que los clientes puedan relacionarse de forma plena con ella, lo que podría conllevar una reducción en las ventas. Considero que para una dependienta es un requisito fundamental la comunicación con los clientes.

Por lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, hay que determinar si la medida conlleva más beneficios que perjuicios. Considero que se cumple plenamente ya que la prohibición limita el derecho a la libertad religiosa de la persona que lo porta durante unas horas diarias, mientras que si la empleada no es capaz de conectar con los clientes, la empresa incurrirá en pérdidas y no podrá mantenerse.

Así, tras el juicio de proporcionalidad efectuado, considero que la norma de la vestimenta impuesta justifica el trato diferenciado entre Laura, empleada que desea trabajar con un velo integral, frente a sus demás compañeros, que portan colgantes expresando su religión. Esta diferencia de trato está justificada ya que se lleva a cabo en aras de una finalidad legítima, mediante una medida adecuada y necesaria para lograrla según lo expresado en los artículos 2.2.b) y 4.1 de la Directiva 200/78/UE.

Por todo lo expuesto, en caso de que Laura decidiese portar un burka o niqab en su puesto de trabajo y su empleador se lo impidiese, consideraría que no ha sido discriminada a causa de su religión puesto que se trataría de una medida justificada.

V. USO DE CRUCES CRISTIANAS O KIPPAS JUDÍAS EN EL TRABAJO

A) Europa y su vinculación con la religión cristiana, especial atención a España.

Es importante establecer las diferencias entre los distintos modelos de Estado que pueden encontrarse en los países de nuestro entorno en función de su relación con la Iglesia. Esto es debido a que a pesar de que todos tienen en sus orígenes a la religión cristiana, cada uno ha ido tomando caminos diferentes. Por lo que respecta a este apartado, diré que me he basado fundamentalmente en lo expuesto por CONTRERAS MAZARÍO, J. M.,¹²⁰ al haber encontrado sus aportaciones a este tema muy ilustrativas.

En primer lugar haré mención a los países que tienen una relación más estrecha con la Iglesia. Siguiendo la clasificación efectuada por el autor al que me he referido, los modelos que considero más relevantes en la actualidad son el de Iglesia de estado y el de Estado confesional, se diferencian en que en el primero de ellos, cuando hay cuestiones que involucran aspectos civiles y religiosos, son considerados competencia lo civil; mientras que si ocurre lo mismos en el segundo de los modelos, dichas materias serían reguladas por la Iglesia.

Por un lado se encuentran los países con una Iglesia de Estado como son Dinamarca, Suecia, Finlandia e Inglaterra. Por lo que respecta a los nórdicos, a pesar de que todos reconocían una Iglesia como oficial, en la actualidad sólo Dinamarca lo mantiene con respecto a la evangélica luterana; Suecia ya no considera oficial a la iglesia luterana pero quienes no profesen dicha religión no pueden ser monarcas; por último, Finlandia a pesar de no reconocer como oficial a la religión evangélico luterana, señala que la ley que regula su organización y administración tiene carácter estatal. Por lo que respecta a Reino Unido, en Inglaterra, se reconoce como oficial a la iglesia anglicana y la Reina del Estado es su máxima autoridad; Gales, Irlanda del Norte y Escocia no reconocen a ninguna iglesia como oficial. Por otro lado se encuentran los estados confesionales como ocurre en el caso de Grecia, que no se corresponde con el modelo de Iglesia-Estado propiamente dicho, pero en el que el Estado se vincula con la Iglesia ortodoxa griega, hecho que se plasma en el ordenamiento jurídico griego mediante la indicación en la Constitución de que dicha iglesia es la dominante; aun así, el presidente del Estado no tiene que ser el de la Iglesia aunque tiene que mostrar una cierta adhesión a la confesión.¹²¹

En segundo lugar, y siguiendo el libro mencionado, trataré los modelos de separación¹²². Uno de ellos es el modelo de Estado laicista, en el que el Estado permanece indiferente hacia el fenómeno religioso. Este es el caso de Francia que aunque anteriormente no solo mostraba indiferencia, sino que guardaba una cierta hostilidad hacia lo religioso, ahora se aproxima cada vez más hacia el modelo laico aunque sigue indiferente al considerar que es un asunto privado de los individuos. El segundo de los modelos es el de Estado laico, en él, el Estado se muestra neutral pero considera que las actividades religiosas son positivas y por ello colabora con las confesiones religiosas. Este modelo es el que mantienen Alemania, Italia, Portugal e Irlanda aunque a los dos primeros en muchas ocasiones se los ha considerado más como estados pluriconfesionales por darles ventaja a las comunidades religiosas sobre las filosóficas. En el caso de Italia, a pesar de reconocer la igualdad entre las confesiones, la iglesia católica mantiene ciertos

¹²⁰ CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: *Derecho y factor religioso: El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-29.

¹²¹ CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: *Derecho y factor religioso: El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*, op. cit., pp. 22-23.

¹²² CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: *Derecho y factor religioso. El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*, op. cit., pp. 24-29.

privilegios sobre las demás. En Portugal las confesiones religiosas que no sean la iglesia católica “*pueden llegar a tener acuerdos con el Estado siempre que dispongan de una organización presente en la sociedad portuguesa durante más de 30 años, o 60 si es una organización extranjera*”¹²³. En Irlanda se prohíbe que se trate de forma más favorable a unas confesiones que a otras.

Ahora que he mencionado brevemente la situación de los países de nuestro entorno, me centraré en el caso español. Así, se han planteado ciertas dudas acerca de la calificación de España como estado aconfesional o laico puesto que el apartado tercero del art. 16 CE señala que “*ninguna confesión tendrá carácter estatal*”, seguido de un mandato dirigido a los poderes públicos en el que les impone la cooperación con la Iglesia Católica y el resto de confesiones. Como se puede ver, dicho artículo no menciona expresamente que España sea un estado laico y esto es algo que ha causado dudas acerca de su calificación.

Aquellos que defienden que España es aconfesional, señalan que el segundo inciso del apartado tercero del art. 16 CE, al mencionar que el Estado deberá mantener relaciones de cooperación con las religiones, lo que hace es descartar la laicidad del Estado. En España existen acuerdos de colaboración con la Iglesia Católica, pero también con otras comunidades cristianas, judías e islámicas aunque la más fuerte sea con la primera. A la vista de esto, CASEIRO GÓMEZ, I; menciona que “*isto baliza en todo caso que podamos considerar a España un Estado laico, non hai un afastamento co relixioso*”¹²⁴

Entre quienes defienden la laicidad estatal, se encuentra FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.¹²⁵; cuya postura tomaré de base. Indica que a pesar de no mencionarse expresamente, se puede deducir dado que el art. 16CE hace ver que el Estado será neutral en lo que respecta a la religión, mostrando su separación (aspectos esenciales de un Estado laico). Precisa que en la CE “*no hay [...] espacio para una categoría intermedia, aunque sí hay contaminaciones e influencias que introducen impurezas en el sistema originario*”¹²⁶. Señala que nuestro texto fundamental no establece que España sea aconfesional a pesar del mandato que se hace a la colaboración, ya que aunque oscurece el modelo no se puede considerar que limita la separación. En defensa de esta postura, me gustaría añadir lo indicado por el JCA de Madrid, puesto que ha señalado que “*es evidente que la laicidad constituye un valor constitucional que se vincula con la protección de los valores democráticos y de los principios de libertad de religión y de igualdad, reconocidos en el art. 16 CE*”¹²⁷.

¹²³ CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: *Derecho y factor religioso. El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*, op. cit., p. 28.

¹²⁴ CASEIRO GÓMEZ, I.: “Diferenza entre Estado Laico e Estado non confesional: Consideracións relativas al modelo español e ao francés”, en AAVV, *Relacións Igrexa- Estado na España contemporánea: conferencias pronunciadas na VII Xornadas Sociedade e Dereito celebradas na Facultad de Dereito de Ourense os días 14, 16, 20, 21 e 24 de abril do 2009*, (GONZÁLEZ-ARES, J. A., Coord.), Ed. Asociación Galega de Estudos Xurídicos, Ourense, 2009, p. 56. “Esto impide que podamos considerar a España un Estado laico, no hay un alejamiento con lo religioso” (traducción propia).

¹²⁵ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “El significado del artículo 16 en el contexto constitucional”, en AAVV, *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: Liber discipulorum en homenaje al prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández*, (FERNÁNDEZ-CORONADO, A., et ál., Coord.), Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 98-101.

¹²⁶ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “el significado del artículo 16 en el contexto constitucional”, op. cit., p. 100.

¹²⁷ SJCA de Madrid de 25 de enero de 2012 [RJCA\2012\78]. FJ. 4.

Como se puede ver, en la mayoría de los Estados europeos se ha ido siguiendo un camino hacia la separación entre la Iglesia y el Estado sin perjuicio de que puedan mantener relaciones de cooperación entre este y las confesiones religiosas.

B) Casos judiciales planteados ante el uso símbolos religiosos cristianos y judíos.

Podríamos pensar que dado que las cruces cristianas y las kipás judías son símbolos religiosos de reducido tamaño y por lo tanto menos llamativos que un hiyab o un burka, no se han planteado problemas en Europa debido a su uso. Sin embargo, esto está muy distante de la realidad, así me gustaría tratar algunos casos que se han planteado ante los tribunales y que considero importantes.

En primer lugar, y por lo que respecta a las cruces cristianas, no se debe pensar que dado que esta religión tiene una larga tradición en los países europeos no se han derivado problemas en cuanto al uso de símbolos que la representen.

Un caso muy sonado resuelto por el TEDH en dos instancias es el caso Lautsi contra Italia¹²⁸. Una mujer solicitaba la retirada de los crucifijos de las aulas de un instituto público basándose en la injerencia incompatible con la libertad de religión y con el derecho a la educación conforme a las convicciones religiosas. Presentó demanda ante el TEDH alegando la violación del art. 9 CEDH, la cual fue acogida por el TEDH. En la sentencia¹²⁹ tuvo en cuenta que la demandante pertenecía a una minoría y se la protegió al mencionar que la manifestación de símbolos de una religión dominante en el Estado presiona a las minorías del país y que el Estado debe garantizar la neutralidad en el ámbito educativo. Ante esta resolución, Italia solicitó que el caso fuese resuelto por la Gran Sala y la petición fue acogida. En su sentencia¹³⁰, se consideró que no se habían vulnerado los artículos mencionados puesto que el Estado tenía margen de apreciación para decidir si habría crucifijos en las aulas o si sería conveniente retirarlos. Esto sería así, siempre y cuando no adoctrinase a los estudiantes ni se entrometiese en el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas.

Un caso similar ha tenido lugar en España (a él hace alusión ARECES PIÑOL, M. T.,¹³¹). En él, una asociación reclamaba que se obligase a un colegio público a retirar los crucifijos de las aulas y de los espacios comunes del mismo. El tribunal¹³² ordenó que se procediese en dicho sentido al considerar que su presencia estaba vulnerando los derechos fundamentales de la igualdad y la libertad religiosa. Sin embargo, el TSJ de Castilla y León¹³³ la revocó de forma parcial, permitiendo que los crucifijos permaneciesen en las aulas a las que asistan alumnos cuyos padres no soliciten su retirada, obligando, a su retirada de las zonas comunes y de las aulas a las que asistan alumnos cuyos padres soliciten la inexistencia de símbolos religiosos de las aulas a las que acudan sus hijos.

Haré alusión al asunto Eweida y otros contra Reino Unido, resuelto por el TEDH. En él se acumularon cuatro demandas para ser resueltas mediante sentencia única, de las cuales dos no interesan al caso presente por lo que las obviaré. Como se exponen en las circunstancias del caso, la primera demandante es Eweida, miembro de la plantilla de British Airways que decidió utilizar un colgante de una cruz a la vista en manifestación de su religión. Al indicársele que las normas de vestimenta no permitían que dicho

¹²⁸ Asunto tratado por CAMARERO SUÁREZ, V. en su obra: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*, op. cit., pp. 127-128.

¹²⁹ STEDH de 3 de noviembre de 2009 [TEDH\2009\115].

¹³⁰ STEDH de 18 de marzo de 2011 [TEDH\2011\31].

¹³¹ ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, op. cit., pp.46-48.

¹³² SJCA de Valladolid de 14 de noviembre de 2008 [RJCA\2008\695].

¹³³ STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009 [RJCA\2010\152].

elemento se visualizase, Eweida se negó a retirárselo y fue suspendida de empleo y sueldo, negando otro puesto ofrecido por la empresa que no requería uniforme. Tras consultas con los sindicatos, la aerolínea le permitió utilizar el colgante pero sin otorgarle una indemnización por el tiempo que permaneció sin salario. Por ello, Eweida recurrió y el caso llegó al TEDH, ante el que se alegó la vulneración del art. 9 del CEDH. El tribunal consideró que se había vulnerado dicho artículo dado que la medida adoptada por la empresa fue desproporcionada, puesto que, *“la cruz de la señora Eweida era discreta y no deterioraba su aspecto profesional. No había de pruebas de que [...] tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways”*¹³⁴.

La segunda demandante no corrió tanta suerte como Eweida, Chaplin trabajaba como enfermera en un hospital público que impedía el uso de colgantes para no lesionar a los pacientes. Las normas del hospital indicaban que si se pretendían utilizar ciertos elementos por motivos religiosos se requería una autorización, sin embargo, le fue denegada a Chaplin. El caso llegó ante el TEDH alegando la violación del art. 9 del CEDH, pero el tribunal falló que no se había vulnerado su derecho y justificó que su decisión fuese contraria a la de Eweida del siguiente modo: *“La protección de la salud y seguridad en una sala de hospital, era [...] de una magnitud mayor que la que se aplicó respecto de la señora Eweida”*¹³⁵

De este modo, se puede ver como el TEDH resuelve caso por caso, atendiendo a las circunstancias y llevando a cabo una verdadera ponderación de los intereses en juego, en mi opinión ambas sentencias son razonables y están justificadas de forma coherente.

Por lo que respecta a los símbolos que representan el judaísmo, me gustaría hacer alusión a un caso resuelto por el TSJ de las Islas Baleares. A pesar de no versar sobre un símbolo religioso en sí mismo, ya que se trata de una gorra, la solución se reconduce hacia el derecho a la libertad religiosa puesto que en el judaísmo se impone a los fieles cubrirse la cabeza, así, considero indiferente en este punto que se trate de una gorra o una kipá ya que ambas se utilizarían en expresión de la libertad religiosa. El supuesto de hecho es el siguiente: Gerardo, trabajador de una empresa municipal de transportes trabajaba con gorra dado que era practicante de la religión judía, la cual impone llevar la cabeza cubierta. Como este elemento no estaba incluido en el uniforme, la empresa incoó un expediente disciplinario contra él, por lo que Gerardo interpuso una demanda contra la empresa, que fue resuelta en su favor por el JSO núm. 2 de Palma de Mallorca.

La empresa recurrió la decisión y el caso llegó al TSJ, que en la sentencia plasma que las empresas tienen la facultad de imponer el uso de uniforme *“así lo admite expresamente la STS de 23 de enero de 2001, la cual añade que la determinación de esa uniformidad compete, en defecto de pacto colectivo o individual entre los interesados, al empresario, “salvo, naturalmente, que la decisión patronal atente a la dignidad y honor del trabajador [...] o a cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución”*.¹³⁶ De este modo, el derecho del empresario al imponer el uso de uniforme a sus trabajadores cede cuando choca con otro derecho al que hay que darle preponderancia. En este caso se contraponen el art. 16 CE con el art. 20.1 ET, al no haberse probado que la gorra causase lesión alguna para la empresa, el tribunal falla en favor del trabajador no sin antes mencionar que estos casos deben ser resueltos uno por uno, sin una solución general que pueda aplicarse a todos.

¹³⁴ STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH\2013\12]. Punto 94.

¹³⁵ STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH\2013\12]. Punto 99.

¹³⁶ STSJ Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS\2003\2]. FJ. 2.

C) El uso de símbolos religiosos no ostentosos en el trabajo y las consecuencias de los despidos derivados de su uso.

Si se plantease un supuesto en que una empresa impide a un judío el uso de una kipá o a una cristiano el uso de una cruz, los derechos fundamentales que se verían implicados serían los mismos que en los casos anteriores: fundamentalmente el derecho a la libertad religiosa (art. 16 de la CE) y el derecho a la libertad de empresa (art. 38CE). Pasaré a analizar el caso como si fuese similar al supuesto de hecho que me ha sido aportado con la única salvedad de que en lugar de que la prenda de la discordia fuese un hiyab, lo fuesen una cruz o una kipá. Cabe recordar que en dicho supuesto, el resto de los compañeros de la trabajadora sí que podían hacer uso de símbolos religiosos por lo que parto de dicho dato. De modo que el supuesto quedará del siguiente modo: si el trabajador al que no se le permite el uso de un símbolo religioso quisiese usar una cruz, sus compañeros tendrán permitido usar una kipá; mientras que si el trabajador deseara utilizar una kipá sus compañeros utilizarán cruces cristianas. Lo haré de dicho modo puesto que, a pesar de que una kipá y una cruz no son símbolos idénticos, son similares ya que ambos son de un reducido tamaño. Considero que no se me está pidiendo que compare el uso de un colgante con una cruz por parte de un trabajador y la negativa del empresario a que haga uso del mismo elemento otro empleado, puesto que no estaríamos ante un posible caso de discriminación religiosa, sino de igualdad del art. 14CE.

En caso de que se le prohibiese a una persona el uso de un símbolo religioso que pone de manifiesto una religión determinada mientras que a otra se le permite el uso de otro de una religión diferente, y ambos fuesen no ostentosos, la actuación constituiría un supuesto de discriminación directa. En el art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/UE, se consagra como tal a aquel supuesto en que se trate de forma menos favorable a una persona que a otra que se encuentra en una situación análoga a causa de la religión. Así, habrá que analizar las diferencias y semejanzas entre los símbolos, sobre todo en cuanto a su tamaño, colores y vistosidad; y dadas sus características, considero que son equiparables. De este modo, si un empresario prohibiese a un trabajador el uso de una kipá mientras que a otro le permitiese el uso de un colgante con una cruz alegando que se debe a que no se permiten indumentarias ajenas al uniforme, sería una actuación constitutiva de una discriminación directa y si el trabajador fuese despedido, podría demandar a la empresa alegando la nulidad del despido.

Señalo esto a pesar de que, puede ser que a primera vista nos llame más la atención una kipá que una cruz, pero ello no es debido a que sea un símbolo ostentoso, sino a que en nuestro país no estamos acostumbrarnos a ellas, y es claro que lo “nuevo” nos llama más la atención. Si viésemos un colgante de una cruz, es posible que no notásemos su existencia y esto se debe a que la religión cristiana tiene una gran tradición en España. Pero esto no puede llevarnos a concluir que uno de los símbolos es más vistoso que otro, y que por ello uno puede usarse en la empresa y otro no, ya que ello nos llevaría a una discriminación por motivos religiosos.

Aun así, considero que el empresario podría imponerle ciertos requisitos al trabajador que deseara utilizar estos símbolos. Por lo que respecta a la kipá, podrían exigírsele el cumplimiento de ciertos requisitos en cuanto a su tonalidad; por ejemplo, exigiendo que fuese de colores acordes al uniforme u oscuros para no resaltarla (al igual que si se tratase de un hiyab). Por lo que respecta al colgante, se podría requerir que no fuese de gran tamaño por el mismo motivo. De este modo, el derecho fundamental a la libertad religiosa y el de la libertad de empresa quedarían a salvo.

Si la cruz que deseara portar el trabajador fuese de dimensiones enormes o la kipá de colores fluorescentes (por ejemplo), estaríamos ante símbolos religiosos ostentosos pero tampoco considero que se pudiese seguir la solución que di para el caso de tratarse de un hiyab. Esto es debido a que el hiyab, es un símbolo ostentoso en sí mismo por ser de un gran tamaño, pero es el que utilizan las mujeres de la religión islámica pero que puede ser de tonalidades no muy llamativas; de modo que si aun cumpliendo con este requisito, no se permite su uso por no permitirse prendas ajenas al uniforme, estaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta, y si además se permitiese a otros empleados el uso de símbolos religiosos, de discriminación directa.

Sin embargo, si las cruces y las kipás fuesen altamente llamativas (al igual que si se tratase de un hiyab de colores muy vistosos), y el empleador les permitiese a los trabajadores el uso de estos símbolos pero de dimensiones más reducidas o colores menos llamativos y estos persistiesen en utilizar los mencionados en contra de las órdenes del primero, no se estaría violando la libertad religiosa de los trabajadores al prohibirles el uso de estos símbolos y que tampoco constituiría un supuesto de despido improcedente si este tuviese lugar. Debido a que cuando entran en conflicto dos derechos fundamentales hay que ponderarlos de manera que ninguno quede imposibilitado. Si se amparase la conducta descrita al comienzo del párrafo en la libertad religiosa, la libertad de empresa del art. 38 CE que ampara que el trabajador imponga ciertas normas de vestimenta a sus empleados quedaría anulada. Así, si el trabajador puede hacer uso de una cruz cristiana de pequeño tamaño o de una kipá de color negro, el trabajador tiene cubierto su derecho a la libertad religiosa y el empleador su derecho a la libertad de empresa.

Por otra parte, y este apartado solo con respecto a la kipá judía, si se prohibiese su uso haciendo alusión a una norma empresarial en la que se indique que no les está permitido a los empleados el uso de prendas que cubran la cabeza, considero que supondría una situación de discriminación indirecta para los empleados que profesasen la religión judía. Esto es debido a que, se trataría de una disposición aparentemente neutra, pero que a ciertas personas, por el hecho de profesar una determinada religión, les supondría una desventaja extraordinaria, a salvo de que la medida sea proporcionada y adecuada para perseguir una finalidad legítima; tal y como consagra el art.2.2.b), teniendo en cuenta la letra i) de la Directiva ya mencionada.

Si se diese este caso habría que hacer el juicio de proporcionalidad para ver si se cumplen los requisitos de la letra i) y así comprobar que no se trata de una excepción, comprobando los siguientes aspectos: primero, la legitimidad del fin perseguido, si no se alegasen más cuestiones cabría pensar que es el fin es preservar una de las tradicionales normas de educación de nuestra sociedad, constituida por no permanecer en espacios cerrados con la cabeza cubierta, siendo un fin legítimo el respeto a las normas de educación. Segundo, habría que comprobar la idoneidad de la medida, es decir, si es apta para lograr el fin legítimo que se propone, de modo que si por el hecho de prohibir acudir con una kipá al trabajo, se garantiza la buena educación, algo que considero que no se da, ya que no la considero una norma de educación esencial, siendo otras mucho más relevantes, como el buen trato. Tercero, la necesidad de la medida, es decir, comprobar que no hay otra menos lesiva; no considero que se cumpla ya que para garantizar el buen comportamiento no es imprescindible permanecer con la cabeza descubierta. Cuarto, elaborar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, evaluar si el grado de sacrificio de uno de los derechos se corresponde con el de satisfacción del otro y ver si dichos niveles son necesarios; no lo considero cumplido ya que el derecho fundamental a la libertad religiosa en su vertiente externa quedaría extinto y ello no es garantía de la buena educación; el

trabajador garantizará la buena educación con su comportamiento, sin ser estrictamente necesario que lleve la cabeza descubierta.

Así, considero que se produciría un supuesto de discriminación indirecta hacia dicho trabajador y por ello, si fuese despedido podría demandar a la empresa alegando la nulidad del despido sobre la base de la discriminación religiosa ya que la norma parece neutra al prohibir cubrirse la cabeza a todos los trabajadores, pero afecta de un modo especial a los trabajadores judíos que desearan ir al trabajo con una kipá.

Si en el supuesto planteado se les prohibiese a todos los trabajadores el uso de símbolos religiosos en aras de la persecución de la neutralidad empresarial, ya ha quedado patente que no constituiría una causa de discriminación directa ni indirecta por motivos de religión al considerarse un fin legítimo. De este modo, si el trabajador fuese despedido por seguir haciendo uso de símbolos religiosos cuando le ha sido prohibido, no constituiría un supuesto de discriminación por lo que no podría demandar a la empresa alegando la nulidad del despido. En ese caso, no se podría permitir a ningún trabajador su uso, sea cual sea el elemento que desee portar y sin hacer distinciones en función de la religión de que se trate.

VI.- DEMANDA FRENTE A LA ASOCIACIÓN PARA LA DEFENSA DEL VELO ISLÁMICO

A) El derecho al honor de las personas jurídicas.

El derecho al honor se encuentra consagrado en el art. 18.1 CE junto con otros dos derechos mediante la siguiente precisión “*se reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen*”. En el año 1982, se promulgó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,¹³⁷ cuyo objeto viene constituido por la protección de estos derechos. A pesar de que se suele realizar un tratamiento conjunto de estos tres derechos, por lo que respecta a las personas jurídicas, hay que llevar a cabo su tratamiento por separado. Esto es así puesto que, de un lado, las personas jurídicas ostentan derecho al honor, sin embargo, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, son derechos fundamentales personalísimos, de modo que solo los ostentan las personas físicas¹³⁸.

Por lo que respecta al derecho al honor como derecho de las personas jurídicas, hay que tener en cuenta que su reconocimiento no se efectúa en los mismos términos que para las personas físicas. Esto es debido a que el derecho al honor se constituye por dos esferas protegidas; siendo la primera la dimensión interna, que solo se les reconoce a las personas físicas por tratarse del autoestima personal, de modo que no puede ser ostentada por personas jurídicas; y la segunda, la dimensión externa, la cual sí que es imputable tanto a personas físicas como jurídicas al basarse en el reconocimiento público o por parte de terceras personas. Este reconocimiento se debe a que a las empresas se les deben reconocer dos tipos de derechos: de un lado, aquellos que precisan para cumplir con la propia finalidad empresarial y sin los cuales no se podría llevar a cabo la actividad para la cual han sido constituidas; y de otro lado, los que le permitan llevar a cabo su actividad de forma libre, siendo en este ámbito en el que se encuadra el derecho al honor.¹³⁹

En no pocas ocasiones el derecho al honor choca con el derecho fundamental consagrado en el art. 20.1.d) CE, que reconoce el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”. En esos casos hay que determinar ciertos límites para los derechos ya que no son absolutos, y en este sentido hay que tener presente que “*el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo artículo 10 [...] recoge la protección de la reputación ajena como límite de la libertad de expresión*”.¹⁴⁰ Sin embargo, por lo que respecta a las personas jurídicas, tal y como recordó CARRILLO, M¹⁴¹., hay que atender al TS cuando dijo que están “*obligadas [...] a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*”¹⁴².

¹³⁷ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982; en adelante, LOPCDH.

¹³⁸ CARRILLO, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (I)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 10, Dialnet, 1996, pp. 91-94. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=181954> (fecha de consulta: 29/04/2017).

¹³⁹ AREÁN LALÍN, M.: “El derecho al honor de las sociedades mercantiles”, en AAVV, *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, (GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A., Eds.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 109.

¹⁴⁰ AREÁN LALÍN, M.: “El derecho al honor de las sociedades mercantiles”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁴¹ CARRILLO, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (I)”, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴² STS de 24 de octubre de 1988 [RJ\1988\7635]. FJ. 5.

De este modo, y por lo que respecta al caso presente, habría que analizar si la información difundida por la asociación se encuadra en el derecho del art. 20 CE. Además, es importante traer a colación, como ya señaló CARRILLO, M.,¹⁴³ que las personas pueden agruparse dando lugar a asociaciones que tengan como finalidad la promoción de intereses ya sean generales o sectoriales. Así, la asociación presente tiene por objeto la protección en lo que al uso del velo islámico se refiere (su propio nombre lo indica) y ha actuado en un asunto referido al hiyab, por lo que está dentro de su ámbito de actuación. Aun así, no todo tipo de información difundida queda amparada por este derecho fundamental, que como es sabido, no es ilimitado y podría chocar con el derecho al honor de la persona jurídica implicada en el asunto.

De este modo, no puedo dar una respuesta unívoca acerca de las posibilidades de éxito de la demanda interpuesta por la empresa contra la asociación si lo fuese por vulneración de su derecho al honor puesto que para ello tendría que conocer exactamente cuál ha sido la información difundida. Por ello, haré alusión a dos supuestos que podrían darse: En primer lugar, si la asociación difundió una información veraz y llevada a cabo de forma que, a pesar de tener como objetivo el boicot empresarial, lo fuese también informar a los clientes de las actuaciones que estaba llevando a cabo Maca S.A., considero que se encontraría amparada por el art. 20.1 CE ya que no veo argumentos suficientes para defender que se haya vulnerado el honor de la empresa puesto que simplemente se trataría de la información difundida por un posible consumidor (en este caso, una asociación). En segundo lugar, si la asociación difundió una información que fue exagerada, falsa o incompleta, considero que podría llegar a violar el derecho al honor empresarial aunque debería serlo de forma grave.

B) Vías para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo islámico por competencia desleal.

Antes de comenzar, precisaré que para la elaboración del siguiente análisis me he basado, sobre todo, en el manual de GARCÍA PÉREZ, R.¹⁴⁴ y en el de VILLAGÓMEZ RODIL, A.¹⁴⁵ Dados los antecedentes de hecho de caso, se podría pensar que la empresa puede demandar a la asociación alegando la realización de actos de competencia desleal, sin embargo, para determinar si puede hacerlo o no, hay que analizar el ámbito de aplicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹⁴⁶.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, hay que atender tanto al subjetivo como al objetivo, sin embargo, el primero de ellos no genera problemas, puesto que el art. 3 LCD¹⁴⁷ indica que la misma se puede aplicar a actos llevados a cabo por asociaciones puesto que la Ley se aplica a todos los participantes en el mercado. Así, es el ámbito objetivo el que genera problemas, el cual se encuentra en el art. 2 LCD, que en sus dos primeros incisos precisa que “1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o

¹⁴³ CARRILLO, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (I)”, *op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁴⁴ GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 433-495.

¹⁴⁵ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal*, 2ª ed., Comares, Granada, 2006, pp. 13-26.

¹⁴⁶ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991; en adelante, LCD.

¹⁴⁷ Art. 3 LCD “1. La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. 2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.”

asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.” De modo que para que se pueda aplicar la Ley, la campaña de boicot de la asociación debería haber sido realizada con fines concurrenciales, presumiéndose que estos habrán tenido lugar cuando los actos hubieran sido idóneos para promover la difusión de prestaciones de la propia asociación o de un tercero. La importancia de que se den fines concurrenciales para entenderse aplicable esta Ley, se pone de manifiesto ya en su art. 1 LCD, en el que se señala que “(e)sta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.”

A esto hay que añadir que “la LCD resulta de aplicación, ciertamente, también a quienes de cualquier forma participen en el mercado, sean o no empresarios, pero sus actos deben tener por finalidad el favoreciendo la posición competitiva propia o de un tercero, o al menos con aptitud para ello. Si no es así, si no se busca o el acto no es propio para la obtención de una ventaja competitiva en el mercado, propia o de un tercero, el perjudicado podrá reclamar contra los autores del acto perjudicial por la vía de la responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 del Código Civil, pidiendo la reparación que corresponda, con fundamento en el daño causado, la relación de causalidad y la conducta dolosa o negligente de los autores, pero no tendrá el específico amparo de la Ley de Competencia Desleal.”¹⁴⁸

Estas precisiones son muy importantes, puesto que, con los datos aportados, no considero que se vean satisfechos los requisitos de dicho artículo puesto que la asociación no ha tenido el propósito de promover sus prestaciones o las de un tercero, sino que su único objetivo era que las ventas de Maca, S.A., se viesen reducidas. Sin embargo, no puedo dar una respuesta con plena seguridad puesto que no conozco las declaraciones. Si la asociación simplemente hubiese informado de que Maca, S.A., estaba actuando en contra de la libertad religiosa de sus trabajadores, no estaría promoviendo prestaciones propias ni de terceros, de modo que no sería de aplicación la LCD. En cambio, podría suceder que la asociación, a la vez que difundía dicha información, promovía productos de otras empresas que sí que lo hacían. En ese supuesto, entendería que la actuación, además de haberse llevado a cabo en defensa de la libertad religiosa, lo ha hecho con ánimo de promover los productos de otra empresa, de modo que la LCD sería aplicable. En este supuesto aludiré únicamente al posible ánimo de promoción de prestaciones de terceros y no de las propias puesto que considero muy difícil que esta última tuviese lugar ya que la asociación, como su propio nombre indica, tiene como finalidad defender el uso del velo islámico, no se señala en el caso, ni nada me induce a pensar, que además de dicho fin tenga otros y que además, esos otros fines sean similares a los de Maca, S.A., de modo que fuesen competidoras en el mercado. Por ello entiendo que no los tiene, aun así, queda a salvo la posibilidad de que así sea, y en ese caso, también sería de aplicación la LCD.

Así, aunque por los datos aportados no considero que la LCD sea aplicable, si se diese el caso mencionado en el párrafo anterior, sí que lo sería, de modo que me centraré en él y diré que en ese supuesto, la empresa podría plantearse ejercitar alguna de las acciones del art. 32 LCD, que son las siguientes: La “acción declarativa de deslealtad”, mediante la que se pretende que la declaración de que la conducta era desleal. La “acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica”. Contempla tres situaciones, la primera, para que el acto desleal que se está llevando a

¹⁴⁸ SJM de Bilbao, de 1 de marzo de 2016 [AC/2016/798]. FJ. 1.2.

cabo deje de producirse, la segunda, para evitar que un acto desleal que ya ha tenido lugar vuelva a producirse, y la tercera, busca evitar que un acto desleal que todavía no ha tenido lugar se produzca. La “*acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal*”, que obliga al autor a remover todos los efectos que se hubiesen producido -y que se mantengan- a causa de su conducta desleal.¹⁴⁹ La “*acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas*”, para rectificar publicidades ilícitas puesto que con la mera cesación no se pone fin a la lesión. Dado que debe guardar proporcionalidad, la mejor solución sería que la sentencia precisase por qué medio debe llevarse a cabo.¹⁵⁰

La “*acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente*”, persigue una indemnización por los daños ya estén comprendidos en el daño emergente o en el lucro cesante. Por lo que respecta al primero, como señala VILLAGÓMEZ RODIL, A.,¹⁵¹ se incluyen (entre otros): el tiempo y dinero invertidos en la investigación del acto ilícito para conocer su alcance y la bajada de ventas. En el segundo, se entienden incluidos los conceptos no percibidos y los que ha ganado el autor del daño; como señala GARCÍA PÉREZ, R.,¹⁵² a pesar de que lucro cesante es difícil de probar, no son indemnizables perjuicios inciertos, por lo que habrá que llevar a cabo un juicio de probabilidad. También son indemnizables los daños morales; que suelen indemnizarse cuando se ha desprestigiado a la otra parte, ha habido un aprovechamiento de su esfuerzo, se la ha puesto en una posición de preocupación por la actividad empresarial a causa de la actitud ilícita de la otra parte o por el sufrimiento que haya tenido que soportar. La “*acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico,*” pretende obtener una compensa económica¹⁵³.

1) Demanda por la realización de publicidad ilícita.

Maca S.A., podría plantearse interponer demanda contra la asociación por llevar a cabo las actuaciones consagradas en el art. 18 LCD que señala que “*la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal*”. Como se puede apreciar, se nos remite a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad¹⁵⁴ para determinar cuándo una publicidad es considerada ilícita. Para ello hay que llevar a cabo un análisis en dos pasos.

En primer lugar, hay que acudir al artículo segundo de la Ley, ya que en él que se presenta que por “*publicidad*” a efectos de la misma se entenderá “*toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*” En segundo lugar, hay que acudir al art. 3 de la Ley, que determina cuándo una publicidad se reputará como ilícita, siendo a grandes rasgos las que atenten contra la dignidad de las personas o vulneren los derechos constitucionales, las que se dirijan a menores de edad incitándolos a comprar productos aprovechándose de su credulidad, la publicidad subliminal, la que infrinja la normativa que regula la publicidad de determinados bienes o servicios; y “*la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la*

¹⁴⁹ VILLAGÓMEZ RODIL, A.; *Competencia desleal, op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁵⁰ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal, op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁵¹ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal, op. cit.*, p. 23.

¹⁵² GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal, op. cit.*, pp. 459-470.

¹⁵³ VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal, op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁴ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988; en adelante, Ley General de Publicidad.

publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.” Para el caso presente, la conducta podría encuadrar en el art. 3.e) Ley General de Publicidad, en su vertiente de publicidad desleal, sin embargo, no aclara mucho lo que se entiende por esta.

En el supuesto de hecho no se dan datos acerca de las actuaciones llevadas a cabo por la asociación para materializar el boicot, por lo que es posible que se haya hecho mediante publicidad. Sin embargo, no considero que se pueda considerar esto dado que para entender que se ha llevado a cabo un acto publicitario, la Ley requiere que la actuación haya sido realizada *“en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*. En el caso presente, no se ha realizado en ejercicio de los mismos puesto que la asociación busca la defensa del velo islámico, asique por lo que parece, procura garantizar el libre uso de dicha prenda sin hacerlo en ejercicio de ninguna de las actividades descritas. De este modo, no se puede entender aplicable el artículo puesto que la actuación no cumple con los requisitos para ser considerada como publicidad.

2) Demanda por la realización de actos de denigración.

Podríamos pensar que Maca S.A., puede emprender acciones legales contra la asociación por haber llevado a cabo los actos de denigración consagrados en el art. 9.1 LCD. Según este artículo, se reputa desleal *“la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*. Este artículo se centra en proteger la competencia económica de la empresa contra la que se hayan llevado a cabo actos de denigración¹⁵⁵. Es claro que la asociación ha difundido datos relativos a la actividad de Maca S.A., consiguiendo que su crédito empresarial fuese menoscabado, sin embargo, no se puede concluir de forma tajante que haya llevado a cabo un acto de denigración. En cuanto a los requisitos para que se considere cumplido este artículo, hay que tener presente que el TS considera que *“la piedra toque que determina la existencia de un acto de denigración es la aptitud de la manifestación para menoscabar el crédito en el mercado de un tercero (STS de 21 de octubre 2005 [RJ 2005, 8274] FJ 7)”*¹⁵⁶.

A la hora de ver las excepciones para entender que se ha producido un acto de denigración hay analizar lo que se entiende por información exacta, verdadera y pertinente. En este sentido, *“mientras que la “exactitud” exige que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas, la “veracidad” requiere que en todo caso provoque en sus destinatarios una representación fiel de dicha realidad (SAP Barcelona de 27 de mayo 2005 [AC 2005, 1034] FJ 4). Por último, son “pertinentes” aquellas manifestaciones que en consideración a la naturaleza y características de las actividades, prestaciones, establecimientos promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones, resultan adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos [...] En sentido contrario, las manifestaciones no son pertinentes si se refieren a extremos que no son relevantes para la toma de decisiones en el mercado o si no están justificadas o son desproporcionadas (SAP Barcelona de 14 enero 2003 [JUR 2004,14172] FJ 5)”*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal, op. cit.*, p. 224.

¹⁵⁶ GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal, op. cit.*, p. 222.

¹⁵⁷ GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal, op. cit.*, p. 223.

Así, para determinar la aplicación del art. 9 LCD, a la luz de lo expresado por GARCÍA PÉREZ, R.,¹⁵⁸ hay que analizar la información en su conjunto, comprobar en qué sentido han recibido la información sus receptores para determinar si se ha producido de una forma razonablemente creíble y comprobar si esta es exacta, creíble y pertinente, algo que resulta complejo, puesto que no sé qué información se difundió, por ello, analizaré los dos supuestos que podrían darse:

En primer lugar, analizaré el caso de que la asociación simplemente hubiese comunicado en el mercado o a los posibles clientes de la empresa que ésta ha despedido a una de sus empleadas por utilizar el hiyab cuando se le estaba requiriendo que no lo hiciese, mientras que sus compañeros podían portar símbolos religiosos cristianos (a pesar de que en la carta de despido se argumentase la falta de obediencia y la bajada de rendimiento, ya que tienen su origen en la voluntad de Laura de utilizar el velo islámico). Hay que analizar la veracidad, exactitud y pertinencia de la información; la cual, es exacta ya que se ajusta a la realidad, es veraz ya que representa la realidad puesto que no proporciona una información fuera de contexto y es pertinente puesto que los clientes tienen derecho a decidir en qué establecimientos prefieren comprar, haciéndolo en los que sean más afines a sus convicciones. Así, en el caso de que la asociación simplemente difundiese que la empresa actúa de forma discriminatoria a causa de la religión, considero que la información difundida queda amparada por el art. 20 CE ya que si la información expresada lo es de forma informativa y acorde con la realidad, no atentaría al honor de Maca, S.A., y tampoco sería constitutiva de ilícito alguno.

En segundo lugar, podría suceder que la asociación hubiese comunicado una información que no fuese exacta o veraz como podría ser en el caso de que se comunicase que Laura fue despedida la primera vez que acudió al trabajo con hiyab ya que no es cierto. En este supuesto, podría concurrir el supuesto del art. 9 LCD, sin embargo, es muy importante recordar que para aplicarlo, además de que la información debe cumplir con dichas características, la asociación deberá haberla difundido promoviendo las prestaciones de terceros (o propias aunque lo veo prácticamente imposible). Así, veo muy complicado que la conducta quede amparada en este supuesto, sin embargo no lo descarto.

C) Demanda por responsabilidad extracontractual

Esta forma de reclamación de los daños y perjuicios ocasionados se encuentra recogida en el art. 1902 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil¹⁵⁹. En él se señala que *“(e)l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”* En vista de este artículo, a priori, cabría pensar que la actuación de la asociación queda ampara en él, puesto que la empresa ha sufrido un daño por una acción realizada por aquella, en el sentido de que las ventas de Maca, S.A., no había descendido hasta que la asociación no emprendió la campaña de boicot. Además, la aplicación de este artículo podría verse amparada por la SJM núm. 1 de Bilbao¹⁶⁰ a la que he hecho alusión previamente. Prestando atención a los posibles supuestos que podrían darse:

En primer lugar, si la información difundida hubiese sido verdadera, no considero que se deba seguir el análisis mencionado en el párrafo anterior porque a mi modo de verlo, la asociación ha hecho uso del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20 CE y los destinatarios de la misma han decidido, que a causa de la política

¹⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal, op. cit.*, pp. 228-233.

¹⁵⁹ BOE núm. 206, de 25 de junio de 1889; en adelante, Código Civil.

¹⁶⁰ SJM de Bilbao, de 1 de marzo de 2016 [AC\2016\798].

empresarial de Maca, S.A., (de la que no tenían conocimiento hasta el momento) no desean continuar comprando en dicha empresa. De este modo, se rompe el nexo causal que exige dicho artículo y al que también hace alusión dicha sentencia al señalar que la petición de la reparación del daño debe fundamentarse (entre otros elementos), en la relación de causalidad. Así, a mi juicio, el daño a la empresa ha venido provocado por su propia política, puesto que lo único que ha hecho la asociación fue ponerla de manifiesto ante sus posibles consumidores.

En segundo lugar, si la asociación hubiese difundido una información que atentase al honor de la empresa sin haberlo hecho promoviendo prestaciones de terceros y atendiendo a que este artículo es de aplicación residual. Maca, S.A., podría demandar a la asociación alegando la vulneración de su derecho al honor en lugar de plantear su demanda a través del art. 1902 Código Civil. Además, la empresa tendría más probabilidades de éxito si demandase a la asociación en virtud de la vulneración de su derecho al honor. Esto se debe a que el art. 9.3 de la LOPCDH indica que *“(l)a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”*, de este modo, la empresa no tendrá que probar el daño que se le ha causado, sino que, en virtud de dicho artículo, se presume que existe un perjuicio. Sin embargo, la empresa quisiese plantear la demanda sobre la base del art. 1902 Código Civil, será ella la que tendrá que probar el daño que se le ha causado, en virtud de lo dispuesto por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁶¹ en su art. 217.2 ya que este dispone que *“corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.”* Por todo ello, aun considerándose que el nexo causal no se ha roto en el presente supuesto, se puede ver como a la empresa le favorecería demandar a la asociación en virtud de la vulneración de su derecho al honor.

En tercer lugar, si la asociación hubiese llevado a cabo la actuación de boicot promoviendo los bienes de otras empresas y hubiese difundido una información que no era veraz, habría que tener en cuenta que el art. 1902 Código Civil es de aplicación residual. Por ello, en el caso mencionado, la empresa debería demandarla a través de la LCD, es decir, en el supuesto en que resultase de aplicación el art. 9 LCD, la empresa debería demandar a la asociación alegando la vulneración del mismo en lugar de la del art. 1902 Código Civil.

D) Conclusión.

Por todo lo mencionado, considero que la empresa tiene muy complicado conseguir que su demanda sea acogida puesto que en vista de los datos aportados y de la legislación manejada, la actuación de la asociación viene amparada por el derecho a la libertad de expresión y de información del art. 20 CE. Aun así, a lo largo del análisis he hecho alusión a varios posibles supuestos que podrían darse, por lo que agruparé todo lo precisado a lo largo de este apartado para que las ideas queden claras.

Primero, si la asociación simplemente difundió una información verdadera y de interés general, como considero que lo tiene el hecho de que una empresa lleve a cabo actitudes discriminatorias frente a sus empleados a causa de la religión, quedará amparada por el derecho a la libertad de información que recoge el art. 20 CE. De este modo, la empresa no podrá emprender acciones legales contra la asociación, y de emprenderlas, no tendrá perspectivas de éxito.

¹⁶¹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Segundo, si la asociación hubiese difundido una información falsa, que no viene amparada por el derecho a la libertad de información, y con ella hubiese atentado al honor de la empresa, esta última puede demandar a la primera alegando la violación de su derecho al honor, consagrado en el art. 18 CE. En este caso, como mencioné previamente, la empresa tendría unas perspectivas de éxito mayores que si alegase el art. 1902 Código Civil como fundamentación de su demanda.

Tercero, si la asociación, además de haber difundido una información que no fuese verdadera, exacta o pertinente, hubiese promovido prestaciones de otras empresas, Maca, S.A., puede interponer una demanda contra ella alegando la realización de actos de denigración, los cuales vienen prohibidos en el art. 9 LCD. Como también he precisado, considero que este supuesto no ha tenido lugar en el caso presente puesto que requiere de una casuística bastante compleja, sin embargo, no lo descarto, y de haberse producido, la empresa tendría más perspectivas de éxito en el acogimiento de su demanda por parte del juzgador que si la hubiese fundamentado en el art. 1902 Código Civil.

VII. INFORME EJECUTIVO

Para finalizar mi trabajo realizaré un breve resumen a modo de conclusión para que las ideas que he expuesto y desarrollado a lo largo del mismo queden claras.

Al comienzo del trabajo he manifestado que considero que Laura tiene base jurídica para interponer una demanda alegando la nulidad del despido efectuado por la empresa para la que trabajaba. En los argumentos aportados para defender la nulidad del despido he expresado que ha sido discriminada de forma directa e indirecta a causa de la religión. Esto se debe a que, si a una trabajadora de una empresa, que no se ha declarado neutral en cuanto al ámbito religioso, no se le permite utilizar hiyab mientras que al resto de sus compañeros sí que se les permite el uso de símbolos religiosos, se trataría de un supuesto de discriminación directa. Señalando asimismo que si a dicha empleada no se le permite el uso del hiyab en virtud de una norma empresarial que prohíbe el uso de prendas que no formen parte del uniforme, se trataría de una discriminación indirecta puesto que una disposición aparentemente neutra entrañaría un perjuicio mayor para los empleados que profesasen una determinada religión y que además no tendría una justificación válida (si esta fuese únicamente estética y no de neutralidad religiosa). Así, tras todas las precisiones que realicé, considero que el despido practicado por la empresa debería ser declarado nulo.

A continuación, aporte mi postura con respecto al derecho que tendría Laura de recibir una indemnización por daños y perjuicios a causa de la actuación empresarial por la que fue discriminada, la cual, ha sido afirmativa. Expreso esto puesto que Laura ha sufrido un daño moral que debe ser reparado.

También señalé que si se diese el mismo supuesto a salvo de que en lugar de tratarse de un hiyab nos encontrásemos ante un burka o niqab no consideraría que se hubiese producido una discriminación religiosa ni directa ni indirecta. En cuanto a la primera, digo esto porque estas prendas no son asimilables a un hiyab o a una cruz cristiana porque los velos integrales ocultan completamente a la persona que los porta. En cuanto a la segunda, a pesar de ser una norma aparentemente neutra que entraña un mayor perjuicio para las mujeres musulmanas que deseen portar estas prendas, la decisión estaría justificada porque, de otro modo, una empleada carecería de un requisito fundamental en una dependiente, la comunicación visual con los clientes, de modo que la empresa se vería perjudicada.

Más adelante indiqué que en caso de plantearse dicho supuesto con una kipá judía o una cruz cristiana consideraría que se ha efectuado una discriminación directa contra el empleado en cuestión. Por lo que respecta a la discriminación indirecta, consideraría que concurre en el caso de que se prohibiese a los empleados utilizar una kipá judía por el mismo motivo que por el que lo consideré para el caso del hiyab. Sin embargo, no lo consideraría concurrente para el caso de la cruz cristiana puesto que esta religión no impone el uso de un colgante en todo momento, de modo que no consideraría que una norma empresarial entraña un perjuicio mayor para sus profesantes.

Concluí señalando, en cuanto a la posible demanda que Maca, S.A., podría interponer frente a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico, que en vista de los datos aportados, la empresa no tiene muchas perspectivas de éxito, puesto que la actuación quedará amparada en el art. 20 CE. Sin embargo, si se diesen los casos a los que me refiero en el análisis de dicho punto, la empresa podría demandar a la asociación y sí que tendría perspectivas de éxito. Así, vemos como para que pueda responder de forma clara, necesito conocer la información exacta difundida.

VIII.- FUENTES

A- Legislación internacional, de la Unión Europea y española.

-Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en París el 10 de diciembre de 1948.

-Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

-Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

-Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Resolution 1743 (2010). Islam, Islamism and Islamophobia in Europe*, de 23 de junio de 2010. Disponible en: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17880&lang=en> (fecha de consulta: 24/04/2017).

-Constitución Española, 1978.

-Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

-Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

-Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

-Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

-Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

-Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

-Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

-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.

C- Jurisprudencia.

Dahlab c. Suiza, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 42393/98, de 15 de febrero de 2001. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["42393/98"\],"documentcollectionid2":\["DECISIONS"\],"itemid":\["001-32006"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 13/04/2017).

STEDH de 29 de junio de 2004 [TEDH\2004\46].

STEDH de 10 de noviembre de 2005 [JUR\2005\250659].

STEDH de 4 de diciembre de 2008 [TEDH\2008\98].

STEDH de 4 de diciembre de 2008 [JUR\2008\373821].

STEDH de 3 de noviembre de 2009 [TEDH\2009\115].

STEDH de 18 de marzo de 2011 [TEDH\2011\31].

STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH\2013\12].

STEDH de 1 de julio de 2014 [TEDH\2014\36].

Barik Edidi c. España, decisión sobre la admisibilidad de la demanda nº 21780/13, de 26 de abril de 2016. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-163999"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 01/06/2017).

Karaduman c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 16278/90, de 3 de mayo de 1993. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-86170"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 13/04/2017).

Bulut c. Turquía, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud nº 18783/91, de 3 de mayo de 1993. Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["18783/91"\],"respondent":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["DECISIONS"\],"itemid":\["001-25273"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta: 13/04/2017).

STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE\2017\23].

Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016 [ECLI:EU:C:2016:382].

STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE\2017\24].

STS de 24 de octubre de 1988 [RJ\1988\7635].

STC de 15 de febrero de 2001 [RTC\2001\46].

STS de 20 de abril de 2005 [RJ\2005\3532].

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

ATS de 29 de abril de 2013 [JUR\2013\146662].

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

STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009 [RJCA\2010\152].

ATSJ de Cataluña de 12 de enero de 2011 [JUR\2011\40028].

STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2011 [JUR\2011\291592].

STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2013 [RJCA\2013\162].

SJCA de Valladolid de 14 de noviembre de 2008 [RJCA\2008\695].

SJCA de Madrid de 25 de enero de 2012 [RJCA\2012\78].

AAP de Madrid de 9 de enero de 2017 [JUR\2017\24513].

SJM de Bilbao, de 1 de marzo de 2016 [AC\2016\798].

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

D- Doctrina.

AGENCIA AFP.: “Otras normativas vigentes en Europa sobre el velo islámico integral”, en *El comercio*. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/normativas-vigentes-europa-velo-islamico.html> (fecha de consulta: 27/05/2017).

AGENCIAS.: “El hiyab en Europa”, en *El periódico*. Disponible en: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/prohibicion-del-hiyab-europa-5896695> (fecha de consulta: 02/05/2017).

AGUILERA RULL, A.: “Daño moral por discriminación”, en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, (GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I., Dires.), Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 615-649.

AREÁN LALÍN, M.: “El derecho al honor de las sociedades mercantiles”, en AAVV, *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, (GÓMEZ SEGADÉ, J. A. y GARCÍA VIDAL, A., Eds.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 105-114.

ARECES PIÑOL, M. T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

ASAD, M.: *El mensaje del Qur'an. Traducción del árabe y comentarios* (PÉREZ, A., Trad.), Junta islámica, centro de documentación y publicaciones islámicas, 2001. Disponible en: http://www.webislam.com/biblioteca/60389-el_mensaje_del_quran.html (fecha de consulta: 12/04/2017).

CAMARERO SUÁREZ, V.: *El velo integral y su respuesta jurídica en democracias avanzadas europeas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CARRILLO, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (I)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 10, Dialnet, 1996, pp. 91-116. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=181954> (fecha de consulta: 29/04/2017).

CASEIRO GÓMEZ, I.: “Diferenza entre Estado Laico e Estado non confesional: Consideracións relativas al modelo español e ao francés”, en AAVV, *Relacións Igrexa-Estado na España contemporánea: conferencias pronunciadas na VII Xornadas Sociedade e Dereito celebradas na Facultad de Dereito de Ourense os días 14, 16, 20, 21 e 24 de abril do 2009*, (GONZÁLEZ-ARES, J. A., Coord.), Ed. Asociación Galega de Estudos Xurídicos, Ourense, 2009, pp. 51-57.

CONTRERAS MAZARÍO, J. M.: *Derecho y factor religioso: El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE BOTTON, L., PUIGVERT, L. y TALEB, F.: *El velo elegido*, El Roure, Espulgues de Llobregat, 2004.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: “El significado del artículo 16 en el contexto constitucional”, en AAVV, *Libertad de conciencia, laicidad y derecho: Liber discipulorum en homenaje al prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández*, (FERNÁNDEZ-CORONADO, A., et ál., Coord.), Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 87-106.

GARCÍA PÉREZ, R.: *Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de daño moral”, en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, (GÓMEZ POMAR, F. y MARTÍN GARCÍA, I., Dires.), Ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 27-79.

GONZÁLEZ CALVET, J.: “Acoso y discriminación, discriminación múltiple”, en AA VV, *Tratamiento integral del acoso*, (RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VALVERDE, M. D., Dires.), Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 113-150.

HORCHANI, S.: “Kacem Amin, l’appel à la libération des femmes”, en *Mediapart*. Disponible en: <https://blogs.mediapart.fr/sarahorchani/blog/290110/kacem-amin-lappel-la-liberation-des-femmes> (fecha de consulta: 12/04/2017).

KETITI, A.: “Lucha feminista y transiciones democráticas en el Mundo Árabe”, en *Congreso feminismo Agenda Global, (27-28 de marzo 2015, Instituto canario de Igualdad. Islas Canarias)*, 2015. Disponible en: http://buscador.gobiernodecanarias.org/search?q=cache:gKJYdssh9tIJ:www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/igigualdad/galerias/ici_documentos/ActividadesICI_2015/2015_ICI_CongresoFAG_AwatefK.pdf+AWATEF+KETITI&access=p&output+xml_no_dtd&ie=UTF-8&client=main&site=Todo&proxystylesheet=main&oe=UTF-8 (fecha de consulta: 28/05/2017).

MCGOLDRIK, D.: *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart, Oxford, 2006.

MEDINA, G.: “Las vestimentas que violan los derechos humanos de las mujeres. Burka y velo islámico en la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, enero 2015, pp. 164-181. Disponible en: <http://www.redalyc.org:9081/articulo.oa?id=427539915007> (fecha de consulta: 14/04/2017).

OLMEDO SERRANO, C.: “Huda Shaarawi: Heroína de Egipto”, en *Heroínas*. Disponible en <http://www.heroinas.net/2011/04/huda-shaarawi-heroína-de-egipto.html> (fecha de consulta: 28/05/2017).

PEÑA PÉREZ, R.: *Cómo enfrentarse al acoso laboral o mobbing. Guía personal y legal*, Servidoc, Barcelona, 2011.

RAMÍREZ, A.: *La trampa del velo: el debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, Catarata, Madrid, 2011.

RETORILLO OSUNA, Á., [et ál.]: “Inmigración y modelos de integración: entre la asimilación y el multiculturalismo”, en *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 7, Universidad de Valladolid, 2006, pp. 123-139. Disponible en: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11345> (fecha de consulta: 30/04/2017).

SÁNCHEZ DE HARO, B.: “Burka, chador, niqab e hiyab, diferencias”, en *AZperiodistas*. Disponible en: <http://www.azperiodistas.com/burka-chador-niqab-e-hiyab-diferencias/770> (fecha de consulta: 20/04/2017).

TAJATURA TEJADA, J.: *Los Derechos Fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Competencia desleal*, 2ª ed., Comares, Granada, 2006.