



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

# DESPIDO LABORAL POR EL USO DE VELO ISLÁMICO

Autora: Cristina Tarrío Oujo

6º curso

Doble grado en Derecho y ADE

Tutor: Eloy Gayán Rodríguez

Prof. Dr. de Derecho Internacional

Privado

Trabajo de fin de grado 2017.

Universidad de A Coruña – Facultad de Derecho.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>ANTECEDENTES DE HECHO. CASO PRÁCTICO.....</b>	<b>5</b>
<b>CUESTIONES .....</b>	<b>6</b>
Cuestión 1 .....	6
Cuestión 2 .....	16
Cuestión 3 .....	20
Cuestión 4 .....	25
Cuestión 5 .....	28
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>33</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>35</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>39</b>

## **ABREVIATURAS**

**Art.:** artículo.

**BOE:** Boletín Oficial del Estado.

**CE:** Constitución Española.

**CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**CP:** Código Penal.

**DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea.

**DUDH:** Declaración Universal de los Derechos Humanos

**ET:** Estatuto de los Trabajadores.

**JS:** Juzgado de lo Social.

**LISOS:** Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

**LOLR:** Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

**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.

**PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SJS:** Sentencia del Juzgado de lo Social.

**STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.

**STEDH:** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

**TC:** Tribunal Constitucional.

**TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**TS:** Tribunal Supremo.

**TSJ:** Tribunal Superior de Justicia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO. CASO PRÁCTICO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## CUESTIONES

### Cuestión 1

**¿Tiene base jurídica Laura para interponer dicha demanda? ¿Qué argumentaría usted para defenderla? Analice la procedencia o improcedencia del despido.**

Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas es necesario introducir el caso explicando que es el hiyab y contextualizar brevemente su situación.

El uso del velo islámico, en general, proviene de la Sharia, es decir, del ordenamiento jurídico islámico y de una interpretación realizada por los hombres, que en palabras de la Prof. SONIA GARCÍA VÁZQUEZ<sup>1</sup>, “*decidieron adoptar una estricta postura de liderazgo religioso patriarcal sumada a interpretaciones radicalizadas y extremas del Corán, especialmente por parte de corrientes chiítas o afines, que consideran que una mujer debe cubrirse el cabello, o incluso todo el cuerpo, para permanecer oculta frente a las miradas de los hombres a partir de la pubertad*”. Por tanto, la principal función del velo es eliminar el cuerpo femenino de la vida pública.

Existen diferentes tipos de velos, entre ellos, el hiyab es un pañuelo utilizado por las mujeres de religión islámica que cubre la cabeza, en concreto el pelo, las orejas y el cuello, así como parte de los hombros, dejando visible la zona de la cara<sup>2</sup>, además de utilizarse para hacer referencia al propio hecho de cubrirse.

Esta palabra tiene una doble dimensión en el mundo islámico, por un lado, hace referencia a las conductas exigibles en las relaciones entre hombres y mujeres y contiene consejos para ambos sexos en referencia a la mirada, la voz, las palabras y los comportamientos y, por otro lado, se asocia con la apariencia de las mujeres, un velo que cubre la cabeza, estableciendo un código de vestimenta propio<sup>3</sup>.

El hecho de que las mujeres utilizaran velo islámico también fue recogido por el Corán: “*Profeta: di a tus mujeres y a tus niñas y a las mujeres de los creyentes que se ciñan a sus velos. Esa es la mejor manera de que sean reconocidas y no sean molestadas. Dios es indulgente y misericordioso*”. Así se convirtió al hiyab en una disposición religiosa<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, p. 377.

<sup>2</sup> ITURRIAGA BARCO, D.: “Una introducción en la cuestión del velo islámico en las sociedades democráticas liberales”, en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, p. 88.

<sup>3</sup> MORENO ANTÓN, M.: “Los recelos de Europa ante la realidad multicultural: hiyab y TEDH”, en *Derecho y Religión*, Vol. IX, 2014, p. 172.

<sup>4</sup> ITURRIAGA BARCO, D.: “Una introducción en la cuestión del velo islámico en las sociedades democráticas liberales”, *op. cit.*, p. 89.

Sin embargo, la tendencia en los países árabes de tradición musulmana es diferente, por ejemplo, en Turquía se prohíbe el uso del hiyab pero en otros países como Marruecos hay libertad de elección<sup>5</sup>.

Esto no significa que todas las mujeres pertenecientes a la religión musulmana utilicen esta prenda. Por ello, es importante destacar la postura e interpretación que la mujer musulmana hace del velo islámico. Por un lado, aquellas que se sienten presionadas a utilizar el velo y, por otro, aquellas que reivindican su derecho a usarlo. Dentro de este último grupo existen diversas posturas sobre el significado que tiene cubrirse la cabeza con el hiyab, algunas lo entienden como un acto feminista puesto que así no son percibidas como un objeto y otras como una manera de poner a las mujeres en igualdad con los hombres en los espacios públicos, considerándolos a todas personas independientemente del sexo<sup>6</sup>.

En Europa también hay diferentes visiones acerca del pañuelo islámico, así en países como Francia o Suiza existen restricciones sobre su utilización al contrario que en países como Alemania o Reino Unido<sup>7</sup>. Por otro lado, se han producido múltiples debates<sup>8</sup> acerca del significado del velo donde muchos tachan su uso, no como una manifestación religiosa, sino, como una manera de oprimir y negar los derechos de las mujeres musulmanas. Observamos que no solo confluyen factores religiosos en esta discusión, sino también políticos, culturales y emocionales.

En España esta problemática ha aparecido más tarde que en otros países europeos y lo ha hecho de manera paralela a la llegada de población inmigrante<sup>9</sup>. Ante los tribunales españoles se han planteado numerosos casos sobre la utilización del velo islámico en el ámbito educativo pero este debate también se ha trasladado al ámbito laboral. La celebración de un contrato de trabajo implica una prestación personal del trabajador y en ese marco se da la plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales, que son ejercitables en el ámbito de las relaciones privadas y frente a los poderes públicos<sup>10</sup>.

Por lo tanto, hay que destacar que el velo islámico o hiyab no es un complemento que la mujer utilice como moda o para mejorar su apariencia física, sino que es un símbolo de identidad de la mujer musulmana, que utiliza para manifestar su religión y creencia. En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo (en adelante, TS) estableciendo que no se puede negar a esta vestimenta su carácter de expresión de una determinada ideología que tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> RAMÍREZ, A.: *La trampa del velo. El debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, Cyan, Madrid, 2011, pp. 31-50.

<sup>6</sup> RAMÍREZ, A.: *La trampa del velo. El debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, op. cit., pp. 20-31.

<sup>7</sup> BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: "El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Vol. X, 2009, pp. 21-73.

<sup>8</sup> MOTILLA, A.: "Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral español", en *Derecho y religión*, Vol. XI, Delta Publicaciones, 2016, pp. 252-253.

<sup>9</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S.: "Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?", en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, núm. 13, Madrid, 2011, pp. 140-142.

<sup>10</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G.: "Descanso semanal y festividades religiosas en el ámbito laboral: un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 196-197.

<sup>11</sup> STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) lo ha definido como un símbolo “activo o dinámico” que refleja la identidad cultural y pertenencia a la religión musulmana de la mujer que lo porta<sup>12</sup>.

Centrándonos en el presente caso, Laura tiene base jurídica para interponer una demanda contra la empresa Maca, S.A. por despido basado en razones de discriminación religiosa. Para la solución del mismo hay que recalcar que tiene lugar un conflicto con una empresa privada, ya que la resolución sería distinta si quien interviniera fuera el Estado o una empresa pública.

En el ámbito privado el derecho del empresario de dirigir al trabajador para obtener unos objetivos y beneficios determinados debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los derechos a la libertad religiosa y a la identidad personal del propio trabajador. No existe legislación específica a nivel europeo ni estatal sobre la utilización de símbolos religiosos en empresas privadas, pero a través de la jurisprudencia se ha negado que las empresas puedan imponer una prohibición total a la utilización de estos símbolos<sup>13</sup>.

A continuación, vamos a desarrollar los argumentos que apoyan esta afirmación.

En primer lugar, el derecho a la libertad religiosa se recoge en diferentes textos internacionales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) en su artículo (en adelante, art.) 9<sup>14</sup> establece que este derecho abarca tanto la posibilidad de cambiar de religión o convicciones como la manifestación de las mismas “*individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*”. Además, señala como única limitación de su ejercicio la seguridad pública y los derechos y libertades de terceros. Como explicaremos más adelante, este derecho tiene una doble dimensión, externa e interna, pero de este precepto se deduce que la limitación de su ejercicio se acoge únicamente a la dimensión externa.

El TEDH, quien ha delimitado, integrado e interpretado a través de sus resoluciones este derecho fundamental<sup>15</sup>, señala que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de la sociedad democrática y, por lo tanto, esta disposición se convierte en un elemento trascendental para los creyentes<sup>16</sup>. Asimismo, el mismo tribunal ha dejado claro que estas nociones protegen a los ateos, agnósticos, escépticos y a los indiferentes, es decir, a aquellas personas que deciden tener o no tener una determinada creencia religiosa, así como llevarla o no a la práctica<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> MOTILLA, A.: “Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral español”, *op. cit.*, p. 253.

<sup>13</sup> MOTILLA, A.: “Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral español”, *op. cit.*, p. 263.

<sup>14</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979; en adelante, CEDH.

<sup>15</sup> GARCÍA GONZALEZ, G.: “Descanso semanal y festividades religiosas en el ámbito laboral: un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 191.

<sup>16</sup> CARRASCAL DOMÍNGUEZ, S.: “El uso de la simbología religiosa en las aulas y el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de religión o creencias en el contexto de centros educativos”, en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 63-65.

<sup>17</sup> DÍEZ FERNANDEZ, J. A.: “La libertad religiosa de las personas jurídicas en el ámbito laboral. Análisis comparativo entre jurisprudencia europea y la norteamericana”, en *Identidad religiosa y relaciones de*

Las limitaciones o restricciones a este derecho deberán regularse por medio de una Ley y la medida adoptada debe ser la necesaria para que una sociedad democrática alcance alguno de sus objetivos<sup>18</sup>.

Este mismo derecho se recoge en el art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>19</sup> y tiene el mismo alcance y sentido que en el artículo anterior, además en el segundo apartado se añade el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia. En la misma línea, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)<sup>20</sup> determina que *"toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"*.

En España, la libertad religiosa es un derecho fundamental recogido en la Carta Magna y desarrollado a través de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR)<sup>21</sup>.

Por un lado, la LOLR dispone, en el art. 2.1, que la libertad religiosa y de culto comprende el derecho que tienen todas las personas a:

- Profesar o no sus creencias religiosas, cambiar de confesión y manifestar o no sus convicciones.
- Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa, celebrar ritos y festividades conforme a sus creencias, así como no ser obligados a participar en aquellas contrarias a sus convicciones.
- Recibir e impartir enseñanza e información religiosa.
- Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos.

Por otro lado, el art. 16 de la Constitución Española (en adelante, CE)<sup>22</sup> establece:

*"1. 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.*

*2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

*3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones."*

---

*trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 156-157.

<sup>18</sup> STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH 2013\12].

<sup>19</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

<sup>20</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979; en adelante, DUDH.

<sup>21</sup> Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980; en adelante, LOLR.

<sup>22</sup> Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE.

De este precepto se desprende el carácter aconfesional<sup>23</sup> del estado español que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto sin que nadie puede ser obligado a declarar sobre sus creencias y con la única restricción del mantenimiento del orden público. En este sentido, la CE no solo ampara el derecho a la libertad religiosa y la manifestación de la misma, sino también el derecho a no declarar sobre tu religión o convicciones<sup>24</sup>.

Este derecho, junto con el derecho a la dignidad de la persona y los derechos inviolables recogidos en el art. 10 CE, es el fundamento de otras libertades y derechos fundamentales<sup>25</sup>.

En el ámbito laboral, los trabajadores tienen derecho a la libertad religiosa y, como consecuencia, las empresas no pueden imponer conductas incompatibles con sus convicciones<sup>26</sup>.

Al tratarse de un derecho subjetivo se distinguen dos dimensiones, interna y externa, que el propio Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha definido a través de varias sentencias<sup>27</sup>. Por un lado, la dimensión interna garantiza, en palabras del TC<sup>28</sup>, un *“claustró íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”*, es decir, hace referencia a lo que cada persona cree en su fuero interno. Y, por otro lado, la dimensión externa de *agere licere* que *“faculta, a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”* que se traduce *“en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyan manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”*<sup>29</sup>.

Por lo tanto, observando lo establecido en los tratados internacionales sobre el concepto de libertad religiosa y el reconocimiento de este derecho como derecho fundamental en nuestra Constitución, así como el análisis efectuado por el TC podemos afirmar que la utilización del hiyab por parte de Laura es una manifestación de la dimensión externa de su derecho a la libertad religiosa<sup>30</sup>, como ella misma dice es algo que simboliza su fe y su religión.

En segundo lugar, debemos examinar si en este caso hay discriminación religiosa. Para ello tenemos que acudir, en el ámbito internacional, a dos Directivas del Consejo, la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>31</sup> y la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y

---

<sup>23</sup> CARAZO LIÉBANA, M. J.: “El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, 2011, p. 46.

<sup>24</sup> CARAZO LIÉBANA, M. J.: “El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental”, *op. cit.*, p. 45.

<sup>25</sup> STC de 15 de febrero de 1990 [RTC 1990\20].

<sup>26</sup> STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 [AS 1997\3751].

<sup>27</sup> STC de 28 de marzo de 2011 [RTC 2011\34].

<sup>28</sup> STC de 11 de noviembre de 1996 [RTC 1996\177].

<sup>29</sup> STC de 15 de febrero de 2001 [RTC 2001\46].

<sup>30</sup> STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].

<sup>31</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 180, de 19 de julio de 2002.

ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE)<sup>32</sup>. En concreto, el art. 1 de esta última Directiva determina que su objeto es establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito laboral, con el objetivo de que en los Estados se aplique el principio de igualdad de trato. Además, en el art. 2 aclara que “...se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta...”, es decir, hay que distinguir dos tipos de discriminación<sup>33</sup>.

La discriminación directa (art. 2.2.a Directiva 2000/78/CE) se produce “cuando por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”. En este caso, la discriminación tiene lugar desde el momento en que el único motivo para tratar de manera diferente a otra persona es su religión o sus convicciones<sup>34</sup>.

La discriminación indirecta (art. 2.2.b Directiva 2000/78/CE) se da “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”. Es decir, a diferencia de la anterior, el factor que da lugar a la discriminación es una disposición aparentemente neutra que en el momento de ser aplicada es discriminatoria para una persona o un grupo de personas<sup>35</sup>.

También se recoge esta prohibición de discriminación en el art. 14 CEDH: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Este precepto configura el derecho a no ser discriminado como un derecho relacionado con el disfrute de otros derechos reconocidos en el Convenio, como es el derecho a la libertad religiosa contenido en el art. 9 CEDH<sup>36</sup>.

En el supuesto planteado nos encontramos ante una situación de discriminación indirecta. Laura no sufre discriminación por pertenecer a la comunidad musulmana sino por utilizar un símbolo, el hiyab, que según entiende la empresa para la que trabaja es una indumentaria que no forma parte del uniforme. Para argumentarlo examinamos si se cumplen los requisitos<sup>37</sup> de discriminación indirecta:

- Existe una norma neutra que establece la vestimenta de los trabajadores de la compañía.

<sup>32</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000; en adelante, Directiva 2000/78/CE.

<sup>33</sup> BETRIÁN CERDÁN, P.: “Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral”, en *Derecho y religión*, Vol. XI, Delta Publicaciones, 2016, pp. 77-78.

<sup>34</sup> STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE 2017\24].

<sup>35</sup> SJS de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8].

<sup>36</sup> GARCÍA GONZALEZ, G.: “Descanso semanal y festividades religiosas en el ámbito laboral: un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 191-195.

<sup>37</sup> BETRIÁN CERDÁN, P.: “Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral”, *op. cit.*, p. 78.

- En el momento de ser aplicada tiene una repercusión discriminatoria para una de sus trabajadoras perteneciente a la religión musulmana, Laura.
- En comparación con el resto de trabajadores, Laura se encuentra en situación desfavorable ya que hay empleados a los que se les permite acudir a su puesto de trabajo portando otros símbolos religiosos como, por ejemplo, colgantes con cruces cristianas.

Las manifestaciones externas de pertenencia a una determinada religión o creencia, como en este caso es la utilización de un símbolo religioso, el hiyab, dan lugar a una colisión entre los derechos del empleado y del empleador que puede vulnerar el principio de no discriminación. En España el TS se ha pronunciado sobre esta cuestión declarando que no hay derechos ilimitados y que el derecho de la empresa a exigir un determinado uniforme cede si hay un conflicto con un derecho de rango superior, en este supuesto, el derecho fundamental de libertad religiosa<sup>38</sup>.

Otro debate se centra en la exigencia de la buena fe contractual que obliga al empresario a tener en cuenta los derechos fundamentales de sus trabajadores y adaptarlos a la consecución de los objetivos de la empresa sin que se produzca una situación desfavorable para ninguna de las partes<sup>39</sup>. Esta obligación no tendría lugar si el trabajador actúa de mala fe.

Si en el momento de formalización del contrato la trabajadora tenía conocimiento de la incompatibilidad del uso de hiyab con el uniforme y las diligencias que comprenden su actividad laboral estaría actuando de mala fe. Consecuencia de ello, no se podría amparar en su derecho fundamental a la libertad religiosa para no cumplir con sus obligaciones puesto que el contrato lo ha firmado voluntariamente. Por el contrario, si, como en nuestro supuesto, la empleada se convierte al islam durante la relación contractual y decide hacer uso del hiyab se ha de garantizar el goce de su derecho a la libertad religiosa, ideológica y de culto. Por lo tanto, tendrá derecho a portar el velo islámico siempre que no sea incompatible con el correcto desarrollo de su actividad laboral<sup>40</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) trató explícitamente el concepto de discriminación indirecta por primera vez en la STJUE de 31 de marzo de 1998, caso *Jenkins v. Kingstate* pero desde entonces ha seguido recibiendo casos similares donde ha aclarado los requisitos, mencionados anteriormente, que necesita para entender como objetivas las razones que justifican una medida discriminatoria<sup>41</sup>. Por otro lado, el TEDH también ha fallado a favor de personas que han visto vulnerado su derecho a la libertad religiosa por discriminación indirecta en el ámbito laboral. Uno de los asuntos más relevantes es la sentencia del caso *Eweida* que acumula cuatro situaciones diferentes, donde dos de ellas giran en torno a la misma problemática planteada en nuestro supuesto<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

<sup>39</sup> STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 [AS 1997\3751].

<sup>40</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *op. cit.*, pp. 183-184.

<sup>41</sup> CAAMAÑO ROJO, E.: “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho*, Vol. XII, 2001, pp. 67-81.

<sup>42</sup> STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH 2013\12].

Las Directivas europeas mencionadas anteriormente se han traspuesto en nuestro país a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>43</sup>. Además, España recoge el principio de no discriminación en el art. 14 CE “*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*”.

Los tribunales españoles se han pronunciado acerca del concepto de discriminación<sup>44</sup> y, en concreto, han tratado casos relativos a la indumentaria en el ámbito laboral. Recientemente, el Juzgado de lo Social (en adelante, JS) de Palma de Mallorca ha resuelto una sentencia sobre una trabajadora de una empresa privada despedida por acudir a su puesto de trabajo usando el hiyab<sup>45</sup>. El tribunal manifestó que el uso del velo islámico es una expresión de la religión de la empleada y como la empresa no mantuvo una política de neutralidad religiosa ni acreditó perjuicio alguno a la imagen de la misma, resolvió a favor del derecho de la trabajadora, entendiendo vulnerado su derecho a la libertad religiosa y producida dicha discriminación.

Antes de terminar con el tema de discriminación religiosa es importante hacer referencia a la excepción del art. 4 Directiva 2000/78/CE que en su primer apartado dice “*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*”. Este precepto contempla dos suposiciones: que la diferencia de trato constituya un requisito profesional esencial y que su objetivo sea legítimo y proporcionado. Igualmente, en el segundo apartado de este artículo se hace referencia al principio de buena fe y de lealtad que va más allá de lo que exigiría una relación laboral<sup>46</sup>.

De esta disposición se deduce que va dirigida a las iglesias o entidades confesionales y a las “empresas de tendencia”<sup>47</sup>. Los tribunales españoles las han definido como aquellas empresas que se diferencian de sus competidoras manifestando su afinidad con una determinada ideología o creencia<sup>48</sup> con el objetivo de captar a los clientes potenciales que comparten la misma creencia<sup>49</sup>.

El TJUE se ha manifestado sobre la interpretación de este artículo tras la presentación de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal de Casación francés. En este caso la pregunta que se planteaba era si el deseo de un cliente de la compañía de que los servicios informáticos contratados no fueran prestados por una trabajadora que usa velo islámico

---

<sup>43</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

<sup>44</sup> STC de 22 de diciembre de 2004 [RTC 2004\253].

<sup>45</sup> SJS de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8].

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, F. J.: “La Directiva 78\2000\CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, pp. 133-134.

<sup>47</sup> STC de 27 de marzo de 1985 [RTC 1985\47].

<sup>48</sup> STC de 12 de junio de 1996 [RTC 1996\106].

<sup>49</sup> STC de 28 de enero de 2002 [RTC 2002\20].

constituía un requisito profesional esencial y determinante. El tribunal declaró que lo que constituye el requisito profesional *“no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con ese motivo”*<sup>50</sup>. La característica solo constituye ese requisito debido a la naturaleza de la actividad profesional o al contexto donde se realice, pero no puede cubrir cuestiones subjetivas como tener en cuenta deseos personales de un cliente particular. Por lo tanto, el tribunal no consideró que se tratase de un requisito profesional.

Relacionando la interpretación del TJUE con nuestro supuesto, no existe ninguna disposición en la compañía que prohíba el uso de símbolos religiosos ya que se trata de una cuestión únicamente estética. Además, Laura no ha acudido con aspecto descuidado, sucio o incompleto ni se ha demostrado que el uso del hiyab haya perjudicado a la empresa. Concluimos que no cabe la aplicación de la excepción contenida en el art. 4 CEDH.

Igualmente, el uso de este pañuelo islámico está protegido por el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE ya que forma parte del derecho que tienen las personas a decidir sobre su propia apariencia.

En este punto es necesario confrontar el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la propia imagen de los que goza la trabajadora con el derecho a imponer una política de uniforme por parte del empresario y que se encuentra dentro del derecho a la libertad de empresa regulado en el art. 38 CE. El tribunal debe ponderar cuál de los dos derechos prevalece en cada caso concreto.

A continuación, es importante destacar el derecho a la libertad de expresión contenido en el art. 20.1.a) CE. El TC declaró que celebrar un contrato de trabajo no implica la privación del derecho a la libertad de expresión reconocido por la CE a los ciudadanos y que se garantiza a través de la creación de medios de reparación en las relaciones laborales<sup>51</sup>. Por lo tanto, observamos que la libertad de empresa, art. 38 CE, no legitima al empresario a realizar limitaciones injustificadas en los derechos y libertades fundamentales de sus trabajadores. Atendiendo a lo establecido en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>52</sup> (en adelante, ET) el empresario puede acoger las medidas que considere oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, siempre que no afecte a su dignidad humana.

Asimismo, el TC se ha pronunciado sobre cómo afectan los cambios en las creencias o ideología del trabajador en su ámbito laboral, concluyendo que no puede provocar una modificación en el contrato de trabajo<sup>53</sup>.

En este caso, las pretensiones de Laura no suponen una modificación o alteración en el contenido de su contrato de trabajo y, además, en las normas internas de los trabajadores no existe ninguna prohibición sobre el uso del velo islámico.

---

<sup>50</sup> STJUE de 14 de marzo de 2017 [TJCE 2017\24].

<sup>51</sup> STC de 19 de julio de 1985 [RTC 1985\88].

<sup>52</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015; en adelante, ET.

<sup>53</sup> STC de 13 de febrero de 1985 [RTC 1985\19].

Es relevante señalar que, como manifiesta la jurisprudencia, un conflicto como el que tiene lugar en nuestro supuesto “*no admite una solución única, dependerá de las circunstancias que concurran en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa, o, por el contrario, incompatible con ellos*”<sup>54</sup>.

La solución a este tipo de controversias debe resolverse a través del principio de proporcionalidad<sup>55</sup>, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Así lo recoge el TC “*cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las posibilidades de realización del derecho preponderante*”<sup>56</sup>.

En cuanto a la clasificación del despido, el art. 4.2.c) ET recoge el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente por razones de sexo, estado civil, origen, edad, religión o convicciones, entre otros. Asimismo, el art. 17 ET proclama la no discriminación en las relaciones laborales entendiendo nulos y sin efecto aquellas normas, cláusulas, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el trabajo a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razones como edad, discapacidad, sexo, origen, religión o convicciones. El art. 55.5 ET declara la nulidad del despido generado por alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o que se produzca con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

En cuanto al despido improcedente, art. 55.4 ET, tendrá lugar cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación o cuando no cumpla los requisitos de forma del apartado primero de este mismo precepto. Laura no se encuentra en esta situación ya que, en su caso, como hemos explicado, tiene lugar una violación de un derecho fundamental.

Laura trasladó a la encargada de recursos humanos su decisión de utilizar el velo islámico, asegurándole ésta que no existía ningún problema. Tras acudir con el hiyab a su puesto de trabajo se le comunica, a través de la misma encargada, que la política de la empresa prohibía toda indumentaria que no formase parte del uniforme. Como la trabajadora no cesó en su uso del velo fue despedida alegando falta de disciplina y bajo rendimiento.

Observamos que Laura sí informó a sus superiores de la necesidad de manifestar su religión a través del símbolo del hiyab y que para ella no era una simple indumentaria. Por tanto, actuó conforme a la buena fe contractual, aunque este hecho no supusiera un cambio en el contenido del contrato. Sin embargo, la empresa no intentó adaptar estas necesidades a la política y funcionamiento de la misma, obligación que debe cumplir siempre que no suponga un daño grave para la propia compañía. Al mismo tiempo, era conocida por la empresa el uso de cruces cristianas por otros empleados que es, al igual que el hiyab, un símbolo que pone de manifiesto las creencias religiosas o convicciones de una persona y no un complemento o prenda para mejorar la apariencia estética.

---

<sup>54</sup> STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

<sup>55</sup> CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “El empleo de simbología religiosa en España”, en *Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose*, 2005, p. 6.

<sup>56</sup> STC de 18 de julio de 2002 [RTC 2002\154].

Por lo tanto, como la legislación laboral protege a los trabajadores en situaciones de discriminación, en el caso de Laura se encuentra en un escenario que ha desembocado en el despido y término de su relación contractual con la empresa. La decisión de despedirla no ha sido proporcionada porque no se estima que su comportamiento haya causado algún perjuicio ni a la actividad laboral ni a los intereses de la empresa.

Es por todo ello y según lo establecido en el ET que el despido que tiene lugar en este supuesto es nulo porque es consecuencia de una decisión unilateral del empresario basada en una discriminación religiosa; es decir, se está vulnerando un derecho fundamental. Además, como apunta el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) del País Vasco, aunque tengan lugar causas discriminatorias junto con otras no discriminatorias la extinción contractual también sería calificada como despido nulo<sup>57</sup>.

Finalmente, el TC se ha pronunciado afirmando que la celebración de un contrato de trabajo no implica que se deban privar los derechos que la CE reconoce a los ciudadanos, en concreto, los derechos fundamentales. Por ello no basta con declarar el despido improcedente porque las consecuencias legales que se derivan del mismo no protegen la violación de un derecho fundamental, sino que *“para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con exclusión de la indemnización sustitutoria”*<sup>58</sup>.

Una vez declarado el despido como nulo, el empresario, en virtud del art. 55.6 ET, tendrá que readmitir inmediatamente a la trabajadora, abonándole los salarios dejados de percibir.

## Cuestión 2

**Además de alegar despido injustificado, Laura interpone una demanda contra Maca, S.A., por daños y perjuicios psicológicos. ¿Sería jurídicamente oportuna esta demanda?**

La demanda presentada por Laura contra la empresa Maca, S.A. por daños y perjuicios psicológicos es jurídicamente oportuna.

Laura está amparada por el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE. Por lo tanto, además de interponer la demanda por despido injustificado, la trabajadora puede alegar daños y perjuicios psicológicos ya que ambas indemnizaciones son compatibles. La tesis que apoya esta acumulación de indemnizaciones es la llamada “remisión acumulativa” que cada vez tiene más acogida entre la jurisprudencia y la doctrina y que, por tanto, es una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> STSJ de País Vasco de 30 de noviembre de 2012 [AS 2012\1047].

<sup>58</sup> STC de 18 de enero de 1993 [RTC 1993\14].

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción social: puntos críticos”, Segundo Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002, pp. 46-47.

Además, el art. 183.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS)<sup>60</sup> recoge la existencia de esta compatibilidad estableciendo que la indemnización por daños y perjuicios será compatible con la correspondiente al trabajador por la extinción o modificación de su contrato laboral.

En este caso, la interposición de una demanda por daños y perjuicios psicológicos es consecuencia de la lesión del derecho fundamental de libertad religiosa de la trabajadora. Laura recibe quejas y burlas de sus compañeros por utilizar el hiyab y, además, es despedida de la empresa por esta misma razón. Ambas situaciones provocaron en la empleada episodios de ansiedad que dieron lugar a una depresión aguda. La trabajadora tiene pruebas de que estos hechos han generado daños morales puesto que ha sido consultada y diagnosticada por un médico.

En palabras del TS, el daño moral *“es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales como al acervo extrapatrimonial de la personalidad”*<sup>61</sup>.

La sentencia por la que se estima la pretensión de tutela es la encargada de declarar la existencia de la lesión y, como consecuencia de ello, la nulidad de dicha conducta. En ese momento se produce el cese de la conducta y la reposición de la situación al momento anterior a la lesión<sup>62</sup>. Cuando esto último no es posible ya que la declaración de nulidad y finalización de la conducta dañosa no es suficiente para reponer la situación a su estado anterior<sup>63</sup>, es la indemnización el único mecanismo válido para reparar los daños y perjuicios<sup>64</sup>.

La finalidad de esta indemnización es doble, por un lado, reparadora del daño ocasionado y, por otro, preventiva o con efecto disuasorio frente a posibles infracciones de derechos fundamentales<sup>65</sup>.

La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el ámbito social se encuentra en la LRJS, en concreto en los art. 177 a 183. En primer lugar, el art. 183 LRJS establece, en su nueva redacción (antiguo art. 180 de la ley de procedimiento laboral), que cuando en la sentencia se declara la existencia de vulneración de un derecho fundamental el juez deberá pronunciarse sobre su cuantía en función del daño moral consecuencia de la violación de ese derecho y de los daños y perjuicios adicionales. Asimismo, dice que será el tribunal quien determinará prudencialmente la cuantía del daño *“cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para*

---

<sup>60</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011; en adelante, LRJS.

<sup>61</sup> STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013\3368].

<sup>62</sup> GÁRATE CASTRO, J.: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los art. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)”, en *Revista Xurídica Galega*, Pontevedra, 1999, p. 136.

<sup>63</sup> GOÑI SEIN, J. L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 15.

<sup>64</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio”, en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. Extra 1, 2013, p. 247.

<sup>65</sup> STS de 20 de septiembre de 2007 [RJ 2007\8304].

*resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*”, art. 183.2 LRJS. De este precepto se deriva que es el propio tribunal quien determina cuales son los medios efectivos para eliminar la lesión del derecho fundamental y sus efectos.

Además, en el art. 179.3 LRJS se establece una excepción en relación a la cuantía al tratarse de un derecho fundamental puesto que cuando resulte difícil su estimación detallada debe establecer las circunstancias relevantes para determinar la indemnización, entre las que se encuentran la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios causados al empleado. Por lo tanto, esta disposición apoya la postura que considera necesario probar la conducta lesiva, pero sin exigir el establecimiento de una cuantía determinada cuando su cálculo resulte difícil por tratarse de un derecho fundamental<sup>66</sup>.

En la doctrina se originó un debate en torno a este tipo de situaciones. En un primer momento existían dos posturas; por un lado, el TS entendía que en aquellos casos en los que se producía una vulneración de un derecho fundamental no era necesario probar el daño para obtener una indemnización ya que esta tenía lugar de manera automática<sup>67</sup>. Por lo tanto, solo sería necesario probar la lesión del derecho fundamental y no el daño causado. Y, por otro lado, la postura más rígida opinaba que era necesario justificar la existencia del daño y la cuantía de la indemnización solicitada<sup>68</sup>.

El punto de inflexión tuvo lugar con la STC 247/2006, de 24 de julio<sup>69</sup>. En el año 2001 un trabajador presentó una demanda ante el JS de Las Palmas por vulneración de su derecho a la libertad sindical solicitando conjuntamente una indemnización por los daños materiales y morales sufridos<sup>70</sup>. El juzgado fallo a favor del trabajador exigiendo a la empresa el pago de la indemnización. Esta postura fue ratificada en suplicación por sentencia de 26 de julio de 2002, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (Las Palmas)<sup>71</sup>. Sin embargo, en dicha sentencia existe un error a la hora de justificar la indemnización que se le otorga al demandante ya que aplica la teoría de la automaticidad<sup>72</sup>. Por lo tanto, no reparó en que esa postura había sido superada y unificada por una sentencia posterior<sup>73</sup> y, tras presentar recurso de casación ante el TS este revocó la indemnización y estimó que no basta con acreditar la lesión del derecho fundamental para que se otorgue la indemnización. El TS afirmó que es necesario, primero, que el demandante determine las bases y elementos claves de la indemnización con su correspondiente justificación, dando las razones que respaldan esa decisión y, segundo, que acredite los indicios o puntos de apoyo suficientes en los que asentar dicha condena<sup>74</sup>. Posteriormente, esta sentencia fue recurrida en amparo donde el TC declaró la firmeza de

---

<sup>66</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio”, *op. cit.*, pp. 247-248.

<sup>67</sup> STS de 9 de junio de 1993 [RJ 1993\4553].

<sup>68</sup> STS de 28 de febrero de 2000 [RJ 2000\2242].

<sup>69</sup> STC de 24 de julio de 2006 [RTC 2006\247].

<sup>70</sup> SJS de Las Palmas de 31 de julio de 2001 [JUR 2002\258999].

<sup>71</sup> STSJ de Canarias de 26 de julio de 2002 [AS 2002\2981].

<sup>72</sup> STS de 9 de junio de 1993 [RJ 1993\4553].

<sup>73</sup> STS de 28 de febrero de 2000 [RJ 2000\2242].

<sup>74</sup> STS de 21 de julio de 2003 [RJ 2003\6941].

la sentencia dictada por el TSJ de Las Palmas y reconoció el derecho del trabajador a la indemnización<sup>75</sup>.

No fue hasta el año 2013 cuando del TS se volvió a referir a este asunto estableciendo las pautas para cuantificar la indemnización. El tribunal reitera la vigencia de la doctrina iniciada con la sentencia TS de 21 de julio de 2003<sup>76</sup> y que considera que no ha sido afectada por la STC 247/2006<sup>77</sup>. Además, vuelve a admitir la referencia a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>78</sup> para cuantificar la indemnización, como estipulaba la STS 15 febrero de 2012<sup>79</sup>.

La problemática principal surge a la hora de determinar la cuantía de la indemnización. Será el juez quién, cuando la resolución de la sentencia establezca la vulneración de un derecho fundamental, tendrá que pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización.

La jurisprudencia establece que los daños psicológicos, siempre que se puedan medir a través de pruebas, deben acreditarse con una mínima base objetiva<sup>80</sup>. Sin embargo, si no existen criterios objetivos que permitan determinar dicha cuantía se puede acudir a las disposiciones de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor<sup>81</sup> y, como admitió el TS<sup>82</sup>, a los preceptos de la LISOS. El art. 8 LISOS recoge una lista de situaciones que son consideradas una infracción muy grave, entre ellas, se encuentran las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminación por, entre otras, religión o convicciones, así como aquellas decisiones que supongan un trato desfavorable para el trabajador. En nuestro supuesto, aplicando lo establecido en el art. 8.12 LISOS, podemos clasificar el daño como muy grave.

Las infracciones muy graves serán sancionadas según lo estipulado en el art. 40.c) LISOS con multas que oscilan entre los 6.251 y 187.515 euros.

La actora debe probar que el daño o perjuicio psicológico va más allá del derivado del despido para que tenga lugar la condena a la empresa al pago de la indemnización<sup>83</sup>. Por tanto, la carga de la prueba recae sobre Laura<sup>84</sup>.

Para que tenga lugar la indemnización, es necesario que exista una relación de causalidad entre los daños sufridos y la conducta que provoca la violación de los derechos fundamentales. Por ello, cuando se lesiona un derecho fundamental hay que probar que tiene lugar un daño mayor al que va aparejado generalmente como consecuencia del despido<sup>85</sup>.

---

<sup>75</sup> STC de 24 de julio de 2006 [RTC 2006\247].

<sup>76</sup> STS de 21 de julio de 2003 [RJ 2003\6941].

<sup>77</sup> STC de 24 de julio de 2006 [RTC 2006\247].

<sup>78</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, BOE núm. 189, de 8 de octubre de 2000; en adelante, LISOS.

<sup>79</sup> STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013\3368].

<sup>80</sup> STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003 [JUR 2003\209675].

<sup>81</sup> Ley 122/1962, de 24 de diciembre, *sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor*, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1962.

<sup>82</sup> STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013\3368].

<sup>83</sup> STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2003 [JUR 2003\250910].

<sup>84</sup> STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2006 [AS 2006\2784].

<sup>85</sup> STSJ de Murcia de 12 de julio de 2004 [AS 2004\2848].

También hay que añadir que, como hemos explicado, la cuantificación de los daños corresponde al juez de primera instancia y solo puede ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Esto lo dice el TS cuando afirma que "*conforme a nuestra doctrina (STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/97) y 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/05) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable*"<sup>86</sup>.

Finalmente, el TSJ de Mallorca aseveró que ante una vulneración del derecho a la libertad religiosa es procedente reconocer una indemnización a dicha empleada "*en razón de los días invertidos en los períodos de incapacidad temporal cursados, y días invertidos hasta la fecha del alta por psicología*"<sup>87</sup>. Y condenó la nulidad de las sanciones impuestas por la empresa obligándola al cese de la actuación lesiva y el restablecimiento de la integridad de su derecho junto con la reposición del mismo a la situación anterior al daño, además de la restitución de las retribuciones dejadas de percibir y el abono de la indemnización por daños y perjuicios.

Aplicando todo lo expuesto anteriormente a nuestro supuesto, Laura deberá alegar en la demanda la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa, que declarará el despido como nulo, y acumular la acción de reclamación de daños y perjuicios psicológicos. La trabajadora tendrá derecho a la indemnización siempre que alegue y justifique adecuadamente las bases en las que se asienta aportando pruebas, como el informe del médico que le diagnosticó depresión aguda, para explicar la relación causal entre la conducta y el perjuicio causado.

### Cuestión 3

**¿Qué pensaría usted, si en vez del uso de hiyab en el puesto de trabajo, se tratase de un nikab o un burka?**

El nikab o burka son un tipo de velo integral que cubren totalmente el cuerpo de las mujeres musulmanas. La diferencia entre ambos es que, en el primero, los ojos de la mujer se encuentran al descubierto y, en cambio, en el segundo por encima de los ojos hay una pequeña rejilla de tela tupida que impide a la mujer ser vista<sup>88</sup>.

La utilización del velo integral ha dado lugar a numerosos debates en toda Europa sobre su prohibición en los espacios públicos, muestra de ello es la regulación tan irregular y asimétrica que existe en los diferentes países de nuestro continente<sup>89</sup>. Solo dos, Francia y Bélgica, han sido los países que, en la actualidad, han prohibido totalmente el uso de velo

---

<sup>86</sup> STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013\3368]

<sup>87</sup> SJS de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 [AS 2017\8]

<sup>88</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S.: "El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial", *op. cit.*, p. 377.

<sup>89</sup> RELAÑO, E.: "Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate", en *Debates Jurídicos*, núm. 5, 2015, p. 6.

integral en los espacios públicos<sup>90</sup>. Algunos países han optado por imponer prohibiciones parciales como es el caso de Holanda, donde se han implantado disposiciones sectoriales que obligan a las mujeres a tener descubierta la cara en los transportes públicos, o Alemania, donde existen prohibiciones en el ámbito educativo<sup>91</sup>. En cambio, otros como Austria o Dinamarca no han considerado su prohibición<sup>92</sup>.

Organismos internacionales se han pronunciado, de manera directa o indirecta, sobre esta controversia. Por ejemplo, la Resolución 1743 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, el islamismo y la islamofobia en Europa insta a las comunidades musulmanas a abandonar cualquier interpretación tradicional del islam que niegue la igualdad de sexos y limite los derechos de las mujeres o la Recomendación de 1927 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que propone a los Estados miembros que no adopten una prohibición general de usar velo integral u otras prendas religiosas<sup>93</sup>.

Aunque en nuestro caso la situación no tiene lugar en la esfera pública sino en la privada, es importante exponer las polémicas que han surgido en torno a esta prenda en Europa, en concreto, la sentencia del TEDH: S.A.S contra Francia<sup>94</sup>, consecuencia de la creación de la Ley 2010/1192, de 11 de octubre de 2010, aprobada por el Gobierno francés que prohíbe la ocultación del rostro en espacios públicos; y en España, la sentencia del TS que anuló la ordenanza dictada en el año 2010 por el Ayuntamiento de Lleida que prohibía acceder a los edificios y espacios municipales a las personas que llevaran velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen la identificación y comunicación visual de las otras personas<sup>95</sup>.

En el asunto francés, la demandante, una mujer de nacionalidad francesa, declaró que hacía uso del velo integral para manifestar su fe y creencias religiosas ya que es parte de la tradición cultural del islam. Además, puntualizó que lo portaba de manera ocasional y sin que se viera presionada para ello, así como que no tenía problemas en descubrirse la cara en situaciones concretas como en aeropuertos o en entidades bancarias. Por lo tanto, esta mujer solicitó el amparo del TEDH por violación de los derechos reconocidos en el CEDH, tales como el derecho a la libertad religiosa, a la intimidad, a la igualdad y a la no discriminación, debido a la prohibición del uso del velo integral<sup>96</sup>.

Los argumentos del gobierno francés para defender esta prohibición son, por un lado, por seguridad y, por otro, porque considera que cubrir el rostro es contrario a los principios en los que se basa la nación francesa, es decir, la igualdad, la libertad y la fraternidad. Esto último se apoya en que sólo las mujeres son quienes deben ir tapadas, en que es un símbolo de dominación del hombre y en que impide la comunicación libre y a cara

---

<sup>90</sup> 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*, núm. 19, 2015, pp. 169-172.

<sup>91</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, *op. cit.*, pp. 384-390.

<sup>92</sup> RELAÑO, E.: “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>93</sup> 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. 173-175.

<sup>94</sup> STEDH de 1 de julio de 2014 [TEDH 2014\36].

<sup>95</sup> STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].

<sup>96</sup> RELAÑO, E.: “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, *op. cit.*, pp. 10-11.

descubierta<sup>97</sup>. El tribunal falló a favor del estado francés ya que entiende que los derechos tienen límites, entre ellos el orden público y el derecho de terceros, y, por lo tanto, en este caso se estaban vulnerando los derechos de los demás debido al impedimento que supone el velo integral en el momento de comunicarse unos con otros<sup>98</sup>.

En cambio, en España, el TS ha fallado en contra de la ordenanza rechazando, tanto las razones de la prohibición (igualdad de sexos, seguridad, convivencia y civismo) como que el Ayuntamiento de Lleida tenga competencia para imponerla<sup>99</sup>. El tribunal no se pronunció sobre si dentro de lo establecido en la Constitución sería posible prohibir el uso o no de este tipo de vestimentas, sino que se limitó a negar que los ayuntamientos tengan competencia para restringir un derecho fundamental<sup>100</sup>.

En la esfera privada no encontramos ningún precedente en la jurisprudencia europea ni española que nos permita saber cuál sería la resolución de los tribunales si se produjera un caso como el de la trabajadora de Maca, S.A. pero esta vez utilizando un velo integral.

En la doctrina existen diferentes posturas acerca del significado de usar velo integral y de si debe ser considerado como una manifestación externa del derecho a la libertad religiosa o no, centrandolo la cuestión en si el velo integral queda protegido por este derecho fundamental.

Un sector opina que el burka o el nikab no son una manifestación del derecho a la libertad religiosa, contenido en el art. 16 CE, puesto que no lo consideran un símbolo religioso. Por un lado, en el Corán no se recoge explícitamente la obligación de usar velo integral<sup>101</sup>. Por otro lado, encuentran que esta prenda tiene un significado discriminatorio que puede influir negativamente en el desarrollo y formación personal de las mujeres musulmanas<sup>102</sup>, creando una situación de desigualdad de la mujer musulmana y suponiendo una limitación para el ejercicio de sus derechos.

En esta misma línea, personas como el imán Hassen Chalghoumi o el Premio Nobel de la Paz Shirin Ebadi defienden que es un signo sexista y no una prescripción religiosa ya que no es un elemento imprescindible para una musulmana que, por ejemplo, para que la peregrinación a la Meca sea válida debe ir con la cara totalmente destapada<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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. 178.

<sup>99</sup> STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613].

<sup>100</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, *op. cit.*, pp. 392-397.

<sup>101</sup> ARECES PIÑOL, M. T.: “¿El velo integral, burka y nikab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?”, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 26, 2011, p. 27.

<sup>102</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *op. cit.*, p. 162.

<sup>103</sup> ARECES PIÑOL, M. T.: “¿El velo integral, burka y nikab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa?”, *op. cit.*, p. 28.

La realidad que se esconde tras el velo es la postura sobre el papel de la mujer en la sociedad, en concreto, la situación desfavorable que sufre frente a cuestiones como la poligamia, el repudio, la mutilación genital o los matrimonios concertados<sup>104</sup>.

Por lo tanto, se encuentran en contra del uso del velo integral y consideran que es una manifestación del derecho a la propia imagen. Este es el derecho que tienen estas mujeres a decidir sobre su propia apariencia. Otro debate en el que no vamos a profundizar es el hecho de que muchas mujeres se sienten presionadas u obligadas a utilizar velo integral<sup>105</sup>. En nuestro caso vamos a suponer que la trabajadora que decide empezar a usar burka o nikab lo hace de manera voluntaria como forma de manifestar su fe y religión.

Por el contrario, otro sector de la doctrina está a favor de la consideración del velo integral como un símbolo religioso y, por ello, está protegido por el derecho a la libertad religiosa y por el derecho a la propia imagen, como ocurre en el caso del hiyab. Lo catalogan, según la distinción elaborada por el TEDH<sup>106</sup>, como símbolo dinámico. También apuntan a que ningún tribunal puede decidir acerca de si las fuentes de la religión islámica establecen o no el uso del burka o nikab a las mujeres como una obligación, o se trata de un simple elemento cultural<sup>107</sup>. La sociedad relaciona el uso del velo integral con la religión musulmana<sup>108</sup> al igual que sucede con otros símbolos, como la cruz cristiana, que no tienen un precepto concreto que obligue a los creyentes a utilizarlo. En todo caso, si se cuestionase el carácter religioso de este tipo de vestimenta, no se puede negar que es una manifestación de una ideología, compartiendo el mismo precepto constitucional que reconoce el derecho a la libertad religiosa, ideológica y de culto<sup>109</sup>.

Este sector opina que el resto de afirmaciones -sexista, no digno, discriminatorio, etc.- son fruto de juicios de valor que dejan ver la censura general al islam y son débiles desde el punto de vista jurídico porque olvidan que en un sistema de libertades que cuenta con mecanismos para proteger los derechos, denunciar su vulneración y repararlos, hay que entender que el uso del velo es una decisión voluntaria y libre de la mujer musulmana. Es a ésta a quien le corresponde valorar si el uso del velo es algo digno o indigno y no al resto de la sociedad desde un punto de vista cultural y paternalista<sup>110</sup>.

Ambas posturas coinciden en que se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho a la propia imagen.

Para determinar si el uso del burka o del nikab forma parte del objeto de alguno de estos derechos, o de los dos a la vez, depende de si se considera un símbolo religioso o no. Debemos determinar qué es un símbolo religioso porque, independientemente de la concepción que se tenga de símbolo religioso, muchas musulmanas lo utilizan y la

---

<sup>104</sup> CATALÁ RUBIO, S.: “La libertad de la mujer musulmana en el Islám y uso del velo”, en *El pañuelo de Europa*, 2009, p. 55.

<sup>105</sup> 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. 166.

<sup>106</sup> MOTILLA, A.: “Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral español”, *op. cit.*, p. 253.

<sup>107</sup> STS de 14 de febrero de 2013 [RJ 2013\2613]

<sup>108</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 506.

<sup>109</sup> RELAÑO, E.: “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>110</sup> MORENO ANTÓN, M.: “Los recelos de Europa ante la realidad multicultural: hiyab y TEDH”, *op. cit.*, p. 199.

sociedad lo relaciona como una práctica de la religión musulmana<sup>111</sup>, aunque el Corán no exija explícitamente su obligatoriedad. Además, es una expresión de la apariencia exterior de la mujer. Por tanto, el velo integral es un símbolo religioso y está amparado tanto por el derecho a la libertad religiosa como por el derecho a la propia imagen.

Al mismo tiempo, constituye una manifestación externa de la libertad ideológica. Sin embargo, es necesario recalcar que no posee el mismo grado de tutela que los casos basados en auténticas convicciones, como sucede con el uso del hiyab<sup>112</sup>.

Una vez concretado el carácter religioso del velo integral hay que puntualizar que en el supuesto planteado el ejercicio del derecho a la libertad religiosa no traspasaría los límites enumerados en el art. 9.2 CEDH.

Por ello lo que se produce es una confrontación entre los derechos de la trabajadora, art. 16 y 18 CE, y el derecho de la empresa, art. 38 CE. Siguiendo el principio de proporcionalidad hay que valorar si la imposición de una política de uniforme determinada, que no es compatible con el uso del velo integral, es un abuso del derecho que posee el empresario o no. A diferencia de lo que sucedía en el supuesto inicial donde la decisión del empresario de prohibir a Laura a llevar el hiyab durante su jornada laboral era un abuso del derecho que la CE reconoce en el art. 38, que una trabajadora acuda con burka o nikab no supondría tal abuso.

La trabajadora cuando firma el contrato de trabajo sabe que existe el requisito de uniformidad y lo acepta voluntariamente con su formalización. Posteriormente, si la empleada actuando de buena fe, en base a sus nuevas creencias, decide utilizar el velo integral y reivindica su derecho a la libertad religiosa para acudir a trabajar con este tipo de vestimentas se deberá asegurar el pleno disfrute de sus derechos. Los tribunales deberían reconocer su derecho a utilizar el velo si es compatible con la obligación de utilizar un uniforme concreto. Si, por el contrario, supone una modificación o cambio en la relación contractual, la resolución deberá ser a favor de la libertad del empresario para resolver el contrato de su empleada si se niega a cumplir con su trabajo sin usar el velo integral<sup>113</sup>.

Por lo tanto, en este caso si Laura a lo largo de su relación contractual decidiera, en vez de usar hiyab, usar el burka o el nikab estaría cambiando sustancialmente su contrato de trabajo. Esto se debe a que la trabajadora sabía la existencia de un uniforme desde el momento en el que entró en la compañía y el mismo es incompatible con el uso del velo integral, el contrato se vería alterado por este hecho.

Puntualizar que un cambio puramente fáctico en cuanto a la manifestación de una libertad fundamental, como es la libertad religiosa, no puede provocar la modificación del contrato de trabajo. Sin embargo, el uso de velo islámico integral si produciría una alteración del contenido del contrato laboral ya que al usarlo incumple una de las obligaciones del mismo, llevar un determinado uniforme.

---

<sup>111</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, *op. cit.*, pp. 505-506.

<sup>112</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *op. cit.*, p. 162.

<sup>113</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *op. cit.*, pp. 183-184.

Por esto, en esta situación hipotética, asumimos que el derecho a la libertad religiosa, además del derecho a la propia imagen, cederían a favor del derecho a la libertad de la empresa.

Si la trabajadora ya portase el velo integral en el momento de formalización del contrato sabiendo que su uso es incompatible con la política de uniforme, que voluntariamente haya aceptado lo estipulado en el contrato supone un límite justificado al uso de esa vestimenta como manifestación de su derecho a la libertad religiosa<sup>114</sup>. En este caso, estaría actuando de mala fe y, por ello, no puede ampararse en el derecho del art. 16 CE para no cumplir con las obligaciones que voluntariamente aceptó con la firma del contrato<sup>115</sup>.

Finalmente, la empresa podría optar por aplicar el concepto de “acomodamiento razonable”<sup>116</sup>, utilizado por primera vez por la jurisprudencia europea en el caso Eweida<sup>117</sup>, consistente en ajustar las prácticas y creencias de sus trabajadores en la medida en que no perjudiquen o causen daños para los intereses de la misma. Por ejemplo, la compañía podría proponerle a Laura el cambio a otro puesto de trabajo donde no tenga obligación de usar uniforme.

#### Cuestión 4

##### **¿Ocurriría lo mismo si fuese una cruz cristiana o una kippa judía?**

En primer lugar, debemos hacer referencia a los artículos que amparan la libertad religiosa tanto a nivel estatal como europeo, que ya hemos explicado en profundidad en la cuestión 1 del presente caso. Nos encontramos con los artículos del CEDH y de la CE, art. 9 y 16 respectivamente, que garantizan el derecho a la libertad religiosa de todas las personas, abarcando tanto la manifestación de las mismas como su modificación, con el único límite del mantenimiento del orden público, la seguridad y los derechos o libertades de terceros. Así mismo, en el propio Convenio, art. 14, y en la Directiva europea 2000/78/CE, art.1, se recoge el principio de no discriminación.

Por lo tanto, entendiendo que la cruz cristiana y la kippa judía o yarmulke son dos símbolos religiosos que manifiestan la pertenencia de la persona que los porta a una determinada religión o creencia, en concreto, al cristianismo y al judaísmo, y apoyándonos en lo establecido en las disposiciones anteriores, es una manifestación externa del derecho a la libertad religiosa, ideológica o de pensamiento, al igual que

---

<sup>114</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, *op. cit.*, p. 182.

<sup>115</sup> STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 [AS 1997\3751].

<sup>116</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M.: “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 30, 2014, p. 91-92.

<sup>117</sup> STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH 2013\12].

ocurría con el hiyab o velo islámico. La kippa o yarmulke es una gorra ritual utilizada para cubrir parcialmente la cabeza de los varones judíos<sup>118</sup>.

Ante los tribunales no se han presentado apenas asuntos relativos a la problemática de llevar cruz cristiana o kippa judía en el ámbito laboral. Sin embargo, es importante para argumentar la semejanza de este supuesto con el caso original del trabajo hacer referencia a dos sentencias dictadas por el TEDH y por el TSJ de Islas Baleares, respectivamente.

En relación al uso de una cruz cristiana en el ámbito laboral, los tribunales españoles no han resuelto ningún caso, pero a nivel europeo encontramos el pronunciamiento del TEDH<sup>119</sup> que recoge cuatro casos diferentes, pero donde dos de ellos giran en torno a la vulneración del art. 9 y 14 del CEDH y en los que el fallo varía de un asunto a otro.

Además, hay que remarcar que esta sentencia supone un precedente para la jurisprudencia europea puesto que introduce el concepto de “acomodamiento razonable” por motivos religiosos en el ámbito laboral<sup>120</sup>. Este concepto proviene de los tribunales canadienses<sup>121</sup> y consiste en que el empleador debe ajustar o acomodar las prácticas y creencias de los trabajadores en la medida en que no afecten de manera negativa o indebida a la empresa.

Por un lado, en el caso Eweida, la empresa British Airways cambió el uniforme femenino consistente en una blusa de cuello alto por otra de cuello bajo y repartió entre los empleados una guía con las normas de vestimenta que se debían cumplir. Entre estas normas existía una que obligaba a los empleados a cubrir bajo el uniforme cualquier prenda o accesorio que portara por motivos religiosos salvo que fuera imposible, ya que en ese caso se necesitaría la aprobación de la jefatura local.

La trabajadora Nadia Eweida llevaba un colgante con una cruz como manifestación de su pertenencia a la religión cristiana y, en virtud de la disposición anterior, la empresa le solicitó que, o bien se quitara la cruz, o bien la cubriera con el uniforme. Ante su negativa, la compañía la suspendió de empleo y sueldo hasta el momento en que decidiera cumplir con la normativa interna. Posteriormente, se le ofreció un trabajo administrativo sin contacto con el público para el que no era obligatorio el uso de uniforme, pero Eweida no lo aceptó. Es importante señalar que la empresa sí autorizó a los hombres sij y a las mujeres musulmanas del personal de tierra a portar turbante y hiyab, respectivamente.

Como consecuencia de la publicación en los medios de artículos relativos a este caso, la compañía decidió revisar su política de uniformes autorizando el uso de la cruz y la estrella de David. Finalmente, la trabajadora fue reincorporada a su puesto de trabajo<sup>122</sup>.

Los intereses en conflicto son el derecho de la trabajadora a manifestar sus creencias religiosas y el derecho de la compañía de mantener una imagen corporativa. El TEDH entiende que la medida adoptada es arbitraria e innecesaria porque la facultad del

---

<sup>118</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, *op. cit.*, p. 385.

<sup>119</sup> STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH 2013\12].

<sup>120</sup> MARTÍNEZ MIRANDA, M. M.: “Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Lex Social: Revista jurídica de los derechos sociales*, Vol. 6, núm 1, 2016, p. 371.

<sup>121</sup> ELÓSEGUI ITXASO, M.: “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”, *op. cit.*, p. 75-76.

<sup>122</sup> STEDH de 15 de enero de 2013 [TEDH 2013\12].

empresario de uniformar a sus trabajadores no puede implicar la prohibición del uso de símbolos religiosos siempre que haya existido una tolerancia previa en relación con la utilización de símbolos religiosos por parte de otros trabajadores, la empresa estaría actuando de manera abusiva. La cruz era discreta y no afectaba a su trabajo o a los intereses de terceros, asimismo no se demostró que el uso de otros símbolos religiosos por parte de otros trabajadores afectara negativamente a la compañía. En último lugar, la rápida modificación en la política de uniforme demuestra que no era un tema de vital importancia para la consecución de los fines de la empresa. Por lo tanto, no respeta el principio de proporcionalidad y se ve vulnerado el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora, art. 9 CEDH.

Por otro lado, en el caso Shirley Chaplin, a diferencia del anterior, a los intereses en conflicto se les añaden los intereses necesarios y de terceros en una sociedad democrática. Esta enfermera utiliza también un colgante con una cruz cristiana en su puesto de trabajo, un hospital geriátrico, pero dicho centro tiene una normativa de uniformidad para minimizar riesgos de infecciones, lesiones en los pacientes, etc. Con el cambio de uniforme, ahora el cuello pasa a tener forma de “V”, se le exige a la trabajadora que lo retire. Entre las normas de la empresa existe una que establece que aquellas personas que deseen portar símbolos religiosos deben solicitar autorización a su superior, esto es lo que hace Shirley Chaplin, pero, al igual que ocurrió con otros empleados, se le niega la autorización. El hospital decide trasladar a la empleada a otro trabajo provisional.

El TEDH falla en contra de la trabajadora porque entiende que el derecho a la libertad religiosa de la enfermera cede en favor de otros derechos como es, en este caso, la protección de la seguridad y salud de los pacientes y del resto de trabajadores. Este es uno de los límites que el art. 9.2 CEDH establece en relación al derecho a la libertad religiosa.

Por lo tanto, suponiendo que Laura en vez de utilizar el hiyab acudiera a su puesto de trabajo con una cruz cristiana, la situación sería similar a la resuelta en la cuestión 1. Esto es debido a que, como sucede con Nadia Eweida, basándose en el principio de proporcionalidad, el derecho del empresario a establecer un código de uniforme cede ante el derecho de libertad religiosa de la trabajadora. En este caso, no hay otros intereses en juego ni límites que restrinjan ese derecho fundamental, como sucedía con la enfermera Chaplin.

Seguidamente, en relación al uso de kippa judía en el ámbito laboral no hay jurisprudencia a nivel europeo, pero en España se ha presentado un único caso ante el TSJ de Islas Baleares. En esta resolución el demandante, un conductor de autobuses de una empresa pública de Mallorca, asistió a trabajar cubriéndose la cabeza con una gorra de simbología religiosa, la kippa judía, desde que comenzó a trabajar para la empresa. Sin embargo, con los años la compañía decidió imponer a sus empleados un determinado uniforme impidiéndole al trabajador utilizar dicha gorra<sup>123</sup>.

El tribunal argumenta que no existen derechos ilimitados y, por tanto, el derecho fundamental a la libertad religiosa del trabajador prevalece sobre el derecho del empresario de imponer un código de uniforme. El conductor no utiliza la gorra por un hecho estético o de moda sino como una manifestación de su fe y creencia religiosa, la cual, como contempla la sentencia, *“considera necesario tener siempre cubierta la*

---

<sup>123</sup> STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

*cabeza en señal de respeto a la divinidad*"<sup>124</sup>. Además, no hay pruebas de que este comportamiento haya supuesto un daño o perjuicio para la compañía.

Por ello, al no concurrir ninguna razón para negarle al empleado el uso de esa gorra, la actuación del empresario se considera un acto arbitrario ya que la prohibición no forma parte del ejercicio del derecho a la libertad de la empresa<sup>125</sup>. Al contrario, supone un daño para el trabajador en su derecho a la libertad religiosa, sobre todo al tratarse de una empresa pública que queda más comprometida que una empresa privada al cumplimiento de los valores garantizados por nuestra Carta Magna<sup>126</sup>.

Si un trabajador judío ligado a la empresa Maca, S.A. utilizase la kippa se encontraría en la misma situación que el conductor de autobuses. En conclusión, sí podría utilizar dicho símbolo en su puesto de trabajo puesto que si no ocasiona daños ni a la actividad laboral ni a los intereses de la empresa no hay razón que justifique la decisión de despido, ya que esa decisión es un acto autoritario que lastima los sentimientos religiosos del empleado.

Finalmente, es significativa la aclaración que el TJS de Baleares realiza para aquellas situaciones en las que entran en conflicto este tipo de derechos. El tribunal establece que no existe una solución única, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del caso para determinar hasta qué punto el comportamiento del empleado resulta "*inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos*"<sup>127</sup>.

## Cuestión 5

### **Analice las posibles vías para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico y sus perspectivas de éxito.**

En primer lugar, en el caso no se especifica claramente en qué consiste la campaña de boicot llevada a cabo por la Asociación para la Defensa del Velo Islámico que, suponemos, se basa en el despido por discriminación por razón de religión de la trabajadora Laura por la empresa Maca, S.A. y, por tanto, consistieron en manifestaciones públicas sobre su opinión y pensamiento respecto a esta situación. Además, no tenemos datos suficientes para saber las dimensiones de la empresa ni si esta caída de las ventas tiene lugar en un único establecimiento o en varios. Por lo tanto, es difícil determinar con seguridad las vías y perspectivas de éxito de dicha demanda.

Hay que empezar haciendo alusión al derecho a la libertad de expresión. La DUDH reconoce en su art. 19 que toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; abarcando el no ser molestado por sus opiniones y poder investigar, recibir y

---

<sup>124</sup> STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

<sup>125</sup> APARICIO ALDANA, R. K.: "La libertad religiosa y de conciencia en las relaciones de trabajo. Un intento de armonización desde el derecho español y lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Vol. 2, núm. 1, 2016, p. 10.

<sup>126</sup> STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

<sup>127</sup> STSJ de Islas Baleares de 9 de septiembre de 2002 [AS 2003\2].

difundir informaciones por cualquier medio de expresión. En la misma línea recoge este derecho el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)<sup>128</sup>. Igualmente, el art. 10 CEDH afirma el derecho que tienen todos los individuos a la libertad de expresión y reconoce que su ejercicio puede limitarse o sancionarse siempre que sean “*medidas necesarias, en un sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

El TEDH señala que la libertad de expresión es uno de los fundamentos de una sociedad democrática y, por ello, una condición primordial de su progreso y desarrollo. Además, en palabras del mismo tribunal no solo comprende aquella información o ideas “*aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay "sociedad democrática"*”<sup>129</sup>. En cuanto a que la medida debe ser “necesaria”, art. 10 CEDH, debe entenderse en el sentido de una necesidad social imperiosa, los Estados tienen un margen de apreciación para determinar si existe esa necesidad. En último lugar el tribunal tiene competencia para resolver si una restricción se concilia con la libertad de expresión contenida en el art. 10 CEDH o no<sup>130</sup>.

Además, la jurisprudencia del TEDH reconoce que hasta pequeños grupos deben poder llevar a cabo sus actividades de forma efectiva y que existe un interés en autorizarlos para que contribuyan al debate público mediante la transmisión de informaciones y opiniones sobre temas de interés general<sup>131</sup>. En este caso, no sabemos la dimensión de la Asociación que realiza la campaña de boicot, pero observamos que se encuentra amparada por el derecho a la libertad de expresión y por la jurisprudencia del TEDH.

En España, este derecho es un derecho fundamental consagrado en el art. 20.1.a) CE que reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción, la palabra o por escrito. Además, limita esta libertad al respeto de los derechos fundamentales y, especialmente, al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia. Este derecho se encuentra recogido, a nivel internacional en el art. 17.1 PIDCP y en el art. 12 DUDH y, a nivel estatal, en el art. 18.1 CE y en los art. 2.1 y 7.7 de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LOPCDH)<sup>132</sup>. Este último precepto define el derecho en sentido negativo, determinando que se consideraran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección del honor la divulgación de expresiones o hechos que lesionen la dignidad o fama de otra persona, así como los que atenten contra su propia estimación. Por otro lado, el TC ha definido su contenido afirmando que este derecho protege frente a la apreciación que los demás tengan de una persona “*impidiendo la difusión de expresiones o mensajes*

<sup>128</sup> Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977; en adelante, PIDCP.

<sup>129</sup> STEDH de 25 de agosto de 1998 [TEDH 1998\42].

<sup>130</sup> STEDH de 15 de febrero de 2005 [TEDH 2005\14].

<sup>131</sup> STEDH de 15 de febrero de 2005 [TEDH 2005\14].

<sup>132</sup> 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*, BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982; en adelante, LOPCDH.

*insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella*”<sup>133</sup>.

En lo relativo al caso que nos ocupa, no nos encontramos ante una persona física sino ante una persona jurídica. La doctrina jurisprudencial y constitucional admiten la posibilidad de incluir en la protección del honor el prestigio profesional de las personas jurídicas<sup>134</sup>.

En este sentido, el TC y el TS se han pronunciado sobre aquellas situaciones en las que el derecho a la libertad de expresión entra en colisión con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen recogido en el art. 18.1 CE.

En un primer momento, el TC explica que no siempre la afectación del derecho al honor va a prevalecer respecto al ejercicio de la libertad de expresión, ni tampoco van a estar consideradas prevalentes siempre, sino que tiene que haber una ponderación entre ambos<sup>135</sup>. La ponderación consiste en examinar la intensidad y trascendencia con la que cada derecho resulta afectado para crear una regla que permita resolver el caso<sup>136</sup>. Además, establece que las libertades del art. 20 significan el “*reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisoluble ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático*”<sup>137</sup>.

Posteriormente, el TS y el TC han establecido una serie de directrices que se han de seguir cuando se produce tal conflicto. Primero, establece que la delimitación entre la colisión entre estos derechos tiene que realizarse caso por caso y sin fijar a priori los límites entre ellos y, segundo, que la ponderación tiene que llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, no jerárquica ni absoluta, que el derecho a la libertad de expresión ostenta sobre los derechos de la personalidad (art. 18).

Asimismo, es preciso que el honor se estime en una doble dimensión, por un lado, el aspecto interno de íntima convicción y, por otro, el aspecto externo de valoración social. Cuando se trata de personas jurídicas, como es nuestro supuesto, es difícil concebir el primero de estos aspectos, por lo tanto, se centra en apreciar el aspecto exterior que no cabe identificar únicamente con la reputación empresarial, comercial o, en general, del mero prestigio con que se desarrolla la actividad<sup>138</sup>. La información que se transmite ha de ser veraz y estar referida a asuntos de relevancia pública de interés general<sup>139</sup>.

En concreto, la técnica de ponderación exige valorar el peso en abstracto y el peso relativo de dichos derechos<sup>140</sup>. En lo relativo al peso abstracto, como hemos dicho, debe respetar la prevalencia del derecho a la libertad de expresión y que esta comprende la crítica de la conducta del otro aun cuando pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige<sup>141</sup>. Y, en cuanto al peso relativo, debe tener en cuenta si la crítica tiene relevancia

<sup>133</sup> STC de 3 de julio de 2006 [RTC 2006\216].

<sup>134</sup> STS de 29 de febrero de 2012 [RJ 2012\4056].

<sup>135</sup> STC de 17 de julio de 1986 [RTC 1986\104].

<sup>136</sup> STS de 29 de febrero de 2012 [RJ 2012\4056].

<sup>137</sup> STC de 31 de marzo de 1982 [RTC 1982\12].

<sup>138</sup> STS de 19 de julio de 2006 [RJ 2006\3991].

<sup>139</sup> STS de 6 de julio de 2000 [RJ 2000\4667].

<sup>140</sup> STS de 29 de febrero de 2012 [RJ 2012\4056].

<sup>141</sup> STC de 26 de febrero de 2001 [RTC 2001\49].

pública o interés general y que el derecho al honor prevalece frente al derecho a la libertad de expresión cuando se utilicen frases y expresiones ofensivas, no relacionadas con las ideas u opiniones, y, por ello, innecesarias. El art. 20.1 a) CE no reconoce el derecho al insulto<sup>142</sup>.

Por lo tanto, aplicando lo dictaminado por la jurisprudencia, si las manifestaciones realizadas por la Asociación contra la empresa Maca, S.A. responden a un interés general, no tienen carácter de insulto y son necesarias y veraces se verían amparadas por el derecho a la libertad de expresión.

La LOPCDH aclara que, además de la protección civil de la que goza el derecho fundamental al honor, también está protegido por la vía penal. En estos casos, donde se goza de ambas protecciones, la vía penal tendrá aplicación preferente al ser la de mayor efectividad, aunque la responsabilidad civil del delito deberá fijarse según los criterios de esta Ley.

Entonces, la empresa puede demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico por la vía penal entendiendo que, si no se encuentra amparado por el derecho a la libertad de expresión, se trata de un supuesto de injurias.

Las injurias se encuentran reguladas en el art. 208 del Código Penal (en adelante, CP)<sup>143</sup> y se trata de aquella acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, asimismo sólo serán delito aquellas consideradas como graves.

El TC afirma que el juez debe valorar el contenido de las manifestaciones, el grado de intensidad, la intención crítica y la posible existencia de *animus injurandi*<sup>144</sup>. El *animus injurandi* es un elemento esencial del delito de injurias caracterizado por la intención de menospreciar, desacreditar o deshonar al sujeto. Por tanto, debe apreciarse el ánimo claro de querer lesionar, sin que dicho dolo se pueda presumir<sup>145</sup>.

Para determinar si nos encontramos ante un supuesto de injurias graves se ha de atender a la naturaleza del hecho, sus efectos y circunstancias, pero ante la falta de información no podemos afirmar si esto se cumple o no. En el caso en que, sí fueran unas injurias graves se castigarán con la pena de multa de tres a siete meses y si están hechas con publicidad, de seis a catorce meses, art. 209 CP.

Si, por el contrario, el juez considera que las manifestaciones realizadas por la Asociación no son objeto de protección por la vía penal, Maca, S.A. podría acudir a la vía civil alegando que se produce una intromisión ilegítima en su derecho al honor. En concreto, la establecida en el art. 7.7 LOPCDH que considera intromisión ilegítima la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor mediante acciones o expresiones que lesionen la dignidad de otro sujeto, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. La tutela judicial, en virtud del art. 9 LOPCDH abarca la adopción de las medidas necesarias para que tenga lugar el cese de dicha intromisión.

---

<sup>142</sup> STC de 19 de julio de 2004 [RTC 2004\127].

<sup>143</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante, CP.

<sup>144</sup> STC de 17 de julio de 1986 [RTC 1986\104].

<sup>145</sup> STC de 15 de diciembre de 1983 [RTC 1983\120].

También podría entenderse que, en vez de un delito de injurias, se trata de un delito de coacciones. El art. 172 CP establece que éstas tienen lugar cuando, quien no esté autorizado, impida a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le imponga hacer lo que no quiere, sea justo o no. Este delito será castigado con la pena de prisión de seis a tres años o con una multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad o los medios empleados.

El TS ha enumerado los requisitos necesarios para entender que nos encontramos ante un delito de coacciones<sup>146</sup>:

- Que se trate de una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida de modo directo o indirecto a través de cosas o de terceras personas.
- Que esté encaminado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o realizar lo que no se quiera, sea justo o no.
- La conducta ha de tener intensidad de violencia necesaria para calificarla de delito.
- Deseo de restringir o limitar la libertad ajena.
- Acto ilícito.

En nuestro caso, hay que analizar si la conducta llevada a cabo por los miembros de la Asociación cumple estos requisitos y puede ser catalogada como un delito de coacciones. Por ejemplo, se consideraría coacción si alguno de ellos impide a los clientes, empujándolos de manera violenta, el acceso a una tienda de la empresa con el objetivo de que no compren los productos de la misma.

Finalmente, como hemos reiterado, no tenemos datos o información necesaria para determinar específicamente la conducta llevada a cabo por la Asociación para la Defensa del Velo Islámico pero la empresa Maca, S.A. podría acudir a la vía penal o a la vía civil. Si la empresa entiende que su derecho al honor se ve vulnerado o lesionado por la campaña de boicot puede alegar la existencia de un delito de injurias, a través de la vía penal, o la existencia de una intromisión ilegítima por la vía civil. También, podría acudir a la vía penal entendiendo que lo que tiene lugar es un delito de coacciones si la actuación de los miembros de la Asociación cumple con los requisitos para catalogarlas como coacción. Sin embargo, no podemos determinar si la empresa tendrá más o menos éxito demandando a la Asociación a través de alguna de estas vías porque no disponemos de información suficiente.

---

<sup>146</sup> STS de 21 de mayo de 2009 [RJ 2009\3209].

## CONCLUSIONES

Una vez desarrolladas las cuestiones planteadas a raíz del despido de Laura González de la empresa Maca, S.A, así como de la posterior demanda interpuesta por la empresa contra la Asociación para la Defensa del Velo Islámico por la campaña de boicot emprendida contra la misma, conviene realizar una recapitulación de las principales conclusiones alcanzadas en el desarrollo de este caso.

- El velo islámico o hiyab es un símbolo religioso y, por tanto, su uso se encuentra amparado por los derechos fundamentales de libertad religiosa, art. 16 CE, y de la propia imagen, art. 18.1 CE. Cuando, como sucede en este supuesto, estos derechos entran en conflicto con el derecho a la libertad de la empresa, art. 38 CE, hay que analizar el caso concreto utilizando el principio de proporcionalidad para resolver la situación. El derecho de Maca, S.A. de imponer un código de uniforme cede ante los derechos fundamentales de Laura puesto que el art. 38 CE no faculta al empresario a realizar limitaciones injustificadas de los derechos y libertades fundamentales de la trabajadora. Además, el uso del hiyab no impide a Laura realizar su actividad laboral de manera diligente ni se ha probado que haya causado un daño o perjuicio a la misma.
- Cuando Laura se convierte al islam comunica su intención de utilizar el pañuelo, en ese momento la empresa debe garantizar el goce de su derecho a la libertad religiosa ya que la trabajadora ha actuado de buena fe. Sin embargo, la empresa no tiene en cuenta este derecho fundamental ni toma decisiones para lograr adaptar o acomodar el mismo a la consecución de sus objetivos sin provocar una situación desfavorable. Al contrario, nos encontramos finalmente ante una discriminación por razón de religión.
- La discriminación sufrida por la empleada es indirecta ya que existe una norma neutral que impone una política de uniforme a los empleados, la misma tiene una repercusión discriminatoria para una trabajadora musulmana y, en comparación con el resto de empleados, su situación es desfavorable ya que a otros se les permite acudir portando cruces cristianas.
- En base a los art. 17 y 55.5 ET nos encontramos ante un despido nulo, consecuencia de una decisión unilateral del empresario basada en una discriminación por razón religiosa; es decir, se está vulnerando un derecho fundamental. Maca, S.A. tendrá que readmitir inmediatamente a Laura, abonándole los salarios dejados de percibir.
- Laura puede alegar en la misma demanda, que resolverá el tema del despido, daños y perjuicios psicológicos en virtud de lo dispuesto en el art. 183.3 LRJS. Estos son consecuencia de la lesión del derecho fundamental de libertad religiosa. Cuando la situación, tras el cese de la conducta lesiva, no vuelve a su estado anterior, la indemnización es el único mecanismo para reparar los daños y perjuicios. La empleada deberá demostrar y justificar mediante pruebas que el perjuicio va más allá del derivado del despido, así como la relación causal entre la conducta y el daño ocasionado, para que la indemnización tenga lugar.

- Al juez de primera instancia le corresponde pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización. Cuando se trata de derechos fundamentales, como en nuestro supuesto, es complicado determinar la cuantía mediante criterios objetivos y, por ello, la jurisprudencia permite acudir a lo estipulado en la LISOS. El daño que tiene lugar es consecuencia de una decisión unilateral que implica discriminación por razón de religión, por tanto, se considera una infracción muy grave (art. 8.12 LISOS). Este tipo de infracciones serán sancionadas con multas que oscilan entre los 6.251 y 187.515 euros.
- Si en el caso planteado se estuviera discutiendo el uso del burka o nikab en el puesto de trabajo la resolución sería diferente, aunque hay que puntualizar que no existe ningún precedente en la jurisprudencia. La doctrina está dividida en cuanto al significado del velo integral y si este debe ser considerado una manifestación de la libertad religiosa o sólo del derecho a la propia imagen. La solución a este debate se centra en si el velo integral se considera un símbolo religioso o no. Concluimos que, sí se trata de un símbolo religioso porque muchas mujeres musulmanas lo utilizan y la propia sociedad lo relaciona con una práctica de esta religión. En el momento de confrontar ambos derechos con el que la Carta Magna reconoce a la empresa, art. 38 CE, los primeros cederían a favor del segundo. Que Laura porte un velo integral supone un cambio en el contrato de trabajo ya que al usarlo incumpliría la obligación estipulada en el contrato laboral relativa a la política de uniforme.
- Otra situación sería el uso de una cruz cristiana o una kippa judía por parte del empleado. Este supuesto se resolvería del mismo modo que si se acude al puesto de trabajo portando un hiyab porque el uso de dichos símbolos religiosos no altera el contrato laboral ni dificulta al empleado en la realización de sus tareas profesionales. El derecho a la libertad religiosa y el derecho a la propia imagen prevalecen ante el derecho a la libertad de empresa.
- En cuanto a las posibles vías de las que dispone Maca, S.A. para demandar a la Asociación para la Defensa del Velo Islámico no contamos con los datos o información suficiente para determinar con claridad cuál es la vía más exitosa para la empresa. Es importante destacar que, si las manifestaciones llevadas a cabo por la Asociación responden a un interés general, no tienen carácter de insulto y son necesarias y veraces, se verían protegidas por en el derecho a la libertad de expresión, art. 20.1.a) CE. En caso contrario, la compañía podría ver vulnerado su derecho al honor y acudir a la vía penal alegando la existencia de injurias o a la vía civil entendiendo que lo que se produce es una intromisión ilegítima.
- Finalmente, si la campaña de boicot llevada a cabo por la Asociación consistiera en conductas coactivas no protegidas por el ordenamiento jurídico dirigidas a lesionar los intereses de la empresa, ésta podría acudir al ámbito penal alegando la existencia de un delito de coacciones.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALÁEZ CORRAL, B.: “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520.

APARICIO ALDANA, R. K.: “La libertad religiosa y de conciencia en las relaciones de trabajo. Un intento de armonización desde el derecho español y lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Vol. 2, núm. 1, 2016, pp. 1-49.

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

BETRIÁN CERDÁN, P.: “Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral”, en *Derecho y religión*, Vol. XI, Delta Publicaciones, 2016, pp.73-88.

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

CAAMAÑO ROJO, E.: “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho*, Vol. XII, 2001, pp. 67-81.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “El empleo de simbología religiosa en España”, en *Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose*, 2005, pp. 1-30.

CARAZO LIÉBANA, M. J.: “El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 14, 2011, pp. 43-74.

CARRASCAL DOMÍNGUEZ, S.: “El uso de la simbología religiosa en las aulas y el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de religión o creencias en el contexto de centros educativos”, en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 57-87.

CATALÁ RUBIO, S.: “La libertad de la mujer musulmana en el Islám y uso del velo”, en *El pañuelo de Europa*, 2009, pp. 19-61.

DÍEZ FERNANDEZ, J. A.: “La libertad religiosa de las personas jurídicas en el ámbito laboral. Análisis comparativo entre jurisprudencia europea y la norteamericana”, en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 155-187.

ELÓSEGUI ITXASO, M., “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 30, 2014, pp. 69-96.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la jurisdicción social: puntos críticos”, Segundo Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 2002, pp. 1-57.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGU, F. J.: “La Directiva 78\2000\CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario”, en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, pp. 125-163.

GÁRATE CASTRO, J.: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los art. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)”, en *Revista Xurídica Galega*, Pontevedra, 1999, pp. 1-144.

GARCÍA GONZALEZ, G.: “Descanso semanal y festividades religiosas en el ámbito laboral: un análisis desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 187-235.

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

GOÑI SEIN, J. L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

ITURRIAGA BARCO, D.: “Una introducción en la cuestión del velo islámico en las sociedades democráticas liberales”, en *Identidad religiosa y relaciones de trabajo. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Comares, Granada, 2015, pp. 87-101.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio”, en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. Extra 1, 2013, pp. 245-263.

MARTÍNEZ MIRANDA, M. M.: “Jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Lex Social: Revista jurídica de los derechos sociales*, Vol. 6, núm. 1, 2016, pp. 353-387.

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*, núm. 19, 2015, pp. 164-181.

MORENO ANTÓN, M.: “Los recelos de Europa ante la realidad multicultural: hiyab y TEDH”, en *Derecho y Religión*, Vol. IX, 2014, pp. 169-204.

MOTILLA, A.: “Vestimentas y símbolos religiosos en el derecho laboral español”, en *Derecho y religión*, Vol. XI, Delta Publicaciones, 2016, pp. 251-278.

PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, núm. 13, Madrid, 2011, pp. 139-187.

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

RELAÑO, E.: “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, en *Debates Jurídicos*, núm. 5, 2015, pp. 1-34.

### **Textos jurídicos de Derecho internacional y de la Unión Europea**

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 180, de 19 de julio de 2002.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, DOUE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

### **Textos jurídicos de Derecho español**

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley 122/1962, de 24 de diciembre, *sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor*, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1962.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

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

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, *de Libertad Religiosa*, BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, BOE núm. 189, de 8 de octubre de 2000.

**APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

SJS de Las Palmas de 31 de julio de 2001 [JUR 2002\258999].

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

STC de 11 de noviembre de 1996 [RTC 1996\177].

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

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

STC de 15 de diciembre de 1983 [RTC 1983\120].

STC de 15 de febrero de 1990 [RTC 1990\20].

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

STC de 17 de julio de 1986 [RTC 1986\104].

STC de 18 de enero de 1993 [RTC 1993\14].

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

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

STC de 19 de julio de 2004 [RTC 2004\127].

STC de 22 de diciembre de 2004 [RTC 2004\253].

STC de 24 de julio de 2006 [RTC 2006\247].

STC de 26 de febrero de 2001 [RTC 2001\49].

STC de 27 de marzo de 1985 [RTC 1985\47].

STC de 28 de enero de 2002 [RTC 2002\20].

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

STC de 31 de marzo de 1982 [RTC 1982\12].

STC de 3 de julio de 2006 [RTC 2006\216].

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

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

STEDH de 15 de febrero de 2005 [TEDH 2005\14].

STEDH de 25 de agosto de 1998 [TEDH 1998\42].

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

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

STS de 19 de julio de 2006 [RJ 2006\3991].

STS de 20 de septiembre de 2007 [RJ 2007\8304].

STS de 21 de julio de 2003 [RJ 2003\6941].

STS de 21 de mayo de 2009 [RJ 2009\3209].

STS de 28 de febrero de 2000 [RJ 2000\2242].

STS de 29 de febrero de 2012 [RJ 2012\4056].

STS de 5 de febrero de 2013 [RJ 2013\3368].

STS de 6 de julio de 2000 [RJ 2000\4667].

STS de 9 de junio de 1993 [RJ 1993\4553].

STSJ de Canarias de 26 de julio de 2002 [AS 2002\2981].

STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2006 [AS 2006\2784].

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

STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003 [JUR 2003\209675].

STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 [AS 1997\3751].

STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 [AS 1997\3751].

STSJ de Murcia de 12 de julio de 2004 [AS 2004\2848].

STSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2003 [JUR 2003\250910].

STSJ de País Vasco de 30 de noviembre de 2012 [AS 2012\1047].