Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

LOS SÍMBOLOS Y LA VESTIMENTA DE CARÁCTER RELIGIOSO EN LA RELACIÓN LABORAL*

SYMBOLS AND CLOTHING OF A RELIGIOUS CHARACTER IN THE WORK RELATIONSHIP

SYMBOLES ET VÊTEMENTS DE CARACTÈRE RELIGIEUX DANS LA RELATION DE TRAVAIL

María del Carmen AGUILAR DEL CASTILLO**

RESUMEN: El respeto por el uso de símbolos o vestimentas de contenido religioso no genera una respuesta pacífica en la sociedad, ya sea en ámbitos públicos como en privados. En estos últimos, en la relación laboral, el conflicto se evidencia en forma de discriminación indirecta que ha de ser resuelta en favor del derecho y no de sus límites; para ello, con las distintas técnicas interpretativas se intenta buscar un equilibrio entre el derecho de libertad religiosa y el derecho de empresa en el que no siempre ceda el primero en beneficio del segundo.

Palabras claves: Símbolos y vestimenta, libertad religiosa, discriminación indirecta, principio de proporcionalidad, técnica de acomodo razonable.

ABSTRACT: Respect for the use of symbols or clothing with religious content does not generate a peaceful response in society, whether in

* Recibido el 3 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2021.

Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado "Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico social" (Proyecto I+D+i FEDER Andalucía; US: 1264479).

** Desde 1990, la autora del artículo ha compaginado la docencia, la investigación, gestión universitaria y transferencia del conocimiento. Respecto a la primera, ha impartido clases en grado y postgrado —Doctorado y Másteres, como Prevención de Riesgos Laborales, Gestión Integral de la Seguridad, Seguridad Integral en la Construcción, Políticas de Desarrollo Local etcétera, todas ellas materias vinculadas a la rama del derecho del trabajo y de la seguridad social—.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

public or private spheres. In the latter, in the labor relationship, the conflict is evidenced in the form of indirect discrimination that has to be resolved in favor of the right and not its limits, for this, with the different interpretive techniques an attempt is made to find a balance between the right to freedom religious and business law in which the former does not always yield to the benefit of the latter.

Key words: Symbols and clothing, religious freedom, indirect discrimination, principle of proportionality, reasonable accommodation technique.

RÈSUMÈ: Le respect de l'utilisation de symboles ou de vêtements à caractère religieux ne génère pas de réponse pacifique dans la société, que ce soit dans les sphères publiques ou privées. Dans ce dernier, dans la relation de travail, le conflit se manifeste sous la forme d'une discrimination indirecte qui doit être résolue en faveur du droit et non de ses limites, pour cela, avec les différentes techniques d'interprétation on tente de chercher un équilibre entre le droit à la liberté religieuse et le droit des sociétés dans lequel le premier ne cède pas toujours au profit du second.

Mots-Clés: Symboles et vêtements, liberté religieuse, discrimination indirecte, principe de proportionnalité, technique d'aménagement raisonnable.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de libertad religiosa y sus límites.* III. *El derecho de libertad religiosa y la relación laboral.* IV. *El derecho de libertad religiosa como límite del derecho de libertad de empresa.* V. *La aplicación de los cánones interpretativos al ejercicio del derecho de libertad religiosa.* VI. *La flexibilización de las condiciones de trabajo como instrumento de garantía del ejercicio de los derechos fundamentales.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho de libertad religiosa implica referirse a una pluralidad de creencias y credos que viene determinada por la comunidad en la que se vive. Estadísticamente se podrían extraer datos relacionados con el porcentaje de miembros de una determinada religión, los practicantes activos de éstas o cuáles son los sectores de producción en los que están más o menos representados, así como cualquier otro ítem que al promotor de la encuesta pudiera serle interesante o necesario. Pero lo cierto es que,

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

por muchos datos que se obtengan, la estadística siempre estaría incompleta debido a que este derecho forma parte de la libertad de conciencia del individuo y, en una sociedad democrática, no se le puede compeler a manifestar sus creencias.

Se trata de un derecho que pertenece al foro interno del sujeto, por lo que sólo podemos identificar a un individuo como perteneciente a un grupo si así lo manifiesta públicamente de palabra o con hechos. Una de las manifestaciones más claras sería la externalización de su credo a través de símbolos, vestimentas o indumentarias que tradicional y culturalmente se identifican con unas determinadas creencias o convicciones religiosas.

La convivencia entre los ciudadanos puede dar lugar a conflictos provenientes de la imposición de las creencias de la mayoría, de la intolerancia hacia las de los otros o la de una pretendida neutralidad, en la que para su garantía se anula, impide o limita toda manifestación externa del derecho de libertad religiosa. En cualquiera de los supuestos se trata de una limitación que sólo puede encontrar su justificación en la ley, en normas de orden público o en el ejercicio de otros derechos.

En un país como España, que se define como laico y en el que se proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades, así como la neutralidad del Estado,[1] la pregunta que habría que formularse es si la manifestación externa de un derecho como el de libertad religiosa no se ve compelida respecto al pluralismo ideológico y cultural de nuestra sociedad.

La respuesta viene dada por la propia Constitución que en su artículo 16 reconoce el derecho de libertad religiosa tanto en su vertiente positiva, el respeto pleno a su ejercicio sea cual sea la religión profesada por el individuo, como en su vertiente negativa, la prohibición expresa de exigir al alguien la pertenencia a una determinada confesión o a la manifestación externa de su pertenencia a ella. En desarrollo del ejercicio de este derecho, el artículo 2.1 de la LO 7/1980 sobre libertad religiosa establece que

> ...la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus

[1] STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7, 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?, *Revista Foro,* nueva época, núm. 13, 2011, pp. 153 y 154.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.[2]

El ámbito subjetivo[3] del derecho de libertad religiosa hace que desde un punto de vista jurídico se tenga que diferenciar entre su dimensión interna y externa. La primera garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias, es decir, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual.[4] Según la sentencia del TEDH, del 15 de enero de 2013, del caso *Eweida contra el Reino Unido*, en su apartado 80 establece que la libertad religiosa es primordialmente una cuestión de pensamiento individual y de conciencia.

La manifestación externa de este derecho, de *agere licere,* es aquella que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros,[5] con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales.[6]

La dimensión interna de la libertad religiosa no es de interés al derecho, en la medida en que la libertad de pensamiento, en la que se incluyen las creencias del individuo, forma parte de un espacio de autodeterminación intelectual, consustancial de la propia personalidad y dignidad del ser humano en la que la intervención del derecho no tiene cabida. Como señala el TS en su sentencia del 14 de febrero de 2013, FJ 8, la neutralidad del Estado es incompatible con cualquier tipo de iniciativa para evaluar la legitimidad de las creencias religiosas. Esto implica, siguiendo la sentencia del TEDH del caso

[2] Esta acepción amplia del concepto de religión en el que se incluye su *fórum internum*, el hecho de tener convicciones, y su *fórum externum*, la manifestación pública de la fe religiosa, forma parte del derecho de libertad religiosa recogido en el Convenio Europeo de la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Fundamentales (CEDH) adoptado en 1950, en la Carta Europea de Derechos Humanos (CEDH), así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.

[3] El ámbito objetivo del derecho de libertad religiosa del artículo 16 CE se refiere a la aconfesionalidad del Estado y al mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias, "introduciendo una idea de aconfesionalidad o laicicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales" y supone una declaración de neutralidad del Estado; por todas, STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

[4] STC 177/1996, del 17 de diciembre, FJ 9; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

[5] SSTC 19/1985, del 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, del 27 de junio, FJ 10.

[6] SSTC 166/1996, del 28 de octubre; 46/2001, del 15 de febrero, FJ 4. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), del 14 de febrero de 2013, FJ 9.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

Eweida en su apartado 81, que el Estado no puede inmiscuirse en debates de carácter estrictamente dogmáticos o de moral religiosa.

La dimensión externa sí genera ese interés, ya que faculta a su titular a actuar conforme a sus creencias y mantenerlas frente a terceros.[7] La externalización de un sentimiento religioso a través de símbolos, vestimenta o cualquier elemento, forma parte de la libertad de conciencia del individuo,[8] lo que implica que puede, si lo desea, adecuar su conducta a sus convicciones religiosas.[9] El derecho ha de garantizar esta visibilidad, ya que es la que, culturalmente, permite identificar al sujeto como integrante de un grupo que profesa una confesión o credo determinado,[10] y todo ello con independencia de si esa conducta responde al cumplimiento de un deber religioso. Lo realmente relevante en estos casos es que esa vestimenta o simbología utilizada es o puede ser la manifestación de una creencia religiosa y, por lo tanto, debe tratarse como un signo de ese carácter.[11]

II. El derecho de libertad religiosa y sus límites

En nuestro país, la experiencia jurídica sobre las creencias religiosas en sus distintas manifestaciones es bastante limitada. La laicidad del Estado y la libertad religiosa traen como consecuencia una sociedad plural en la que la convivencia no siempre resulta pacífica.

7 Artículo 2.1 de la LO 7/1980, SSTC 177/1996, del 11 de noviembre, y 34/2011, del 28 de marzo, FJ 3 y 4.

8 En todo caso, la apariencia externa de la persona forma parte de su derecho de intimidad y a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE.

9 Toledo Oms, Albert, "Relación laboral y libertad religiosa", Universitat de Barcelona, tesis doctoral, 2016, p. 779. Cañamares Arribas, Santiago, "Las manifestaciones externas de la religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa". "El ejercicio de la libertad religiosa en España cuestiones disputadas", Ministerio de Justicia, 2003, pp. 177 y 178.

10 Artículo 9.3 CE. En ningún caso las manifestaciones o expresiones públicas del fenómeno religioso pueden ser objeto de coacción, en su vertiente positiva o negativa (obligarles a declarar sobre su religión o credo), por el Estado ni por ningún grupo social, más allá de los límites que constitucionalmente puedan imponerse; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6. Pérez Álvarez, Salvador, "Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural", *Revista Foro,* nueva época, núm. 13, 2011, pp. 148 y 149.

11 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) del 14 de febrero de 2013, FJ 8.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

Es doctrina constitucional reiterada que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, por lo que deben ceder en su ejercicio "ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o, ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos".[12]

El artículo 16.1 de la Constitución Española garantiza el derecho de libertad religiosa sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

La existencia de límites en el ejercicio de derechos fundamentales y constitucionales no implica que su aplicación pueda llegar a desnaturalizar su contenido esencial,[13] ya que, por un lado, este derecho está íntimamente ligado a la dignidad humana y ésta constituye un fundamento del orden político y la paz social en el ámbito de una sociedad democrática,[14] y, por otro, porque la Constitución en su artículo 10.2 obliga a interpretar estos derechos "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Así, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a 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 un sentido similar se manifiesta el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) del 16 de diciembre de 1966,[15] que establece en su artículo 18.2 la prohibición de toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión.

En el ámbito de Naciones Unidas, en su Dictamen del 5 de noviembre de 2004, el Comité de Derechos Humanos considera que la libertad de manifes-

[12] Entre otras, SSTC 57/1994, del 28 de febrero, FJ 6; 58/1998, del 16 de marzo, F. 3; 154/2002, del 18 de julio, FJ 8.

[13] En la STC 53/1986, FJ 3, se afirma que "en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable", y en la STC 141/2000, del 29 de mayo, F. 4, se establece que "el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente".

[14] Artículo 10.1 CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

[15] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), F. 8; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

tar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Impedirlo podría constituir una violación del PIDCP.

El artículo 9.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)[16] establece que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, lo que implica la libertad de manifestarlo, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos".

En el marco del Consejo de Europa y referido al islam, la Recomendación 1927/2010, en su apartado 3, exhorta a los Estados miembros a proteger la libre elección de las mujeres musulmanas en el uso de ropa religiosa de todo tipo como requisito para garantizar la igualdad de oportunidades en la participación de la vida pública, educación y actividades profesionales.

En cuanto a los límites de este derecho, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966[17] establece, en su artículo 18.3, que "La libertad de manifestar la propia elección o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

Con una dicción prácticamente similar, en la que se incluye "y la observancia a los ritos", se proclama la prohibición de toda discriminación sobre el ejercicio de este derecho en el artículo 9.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. En el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se prevé la posibilidad de establecer restricciones a este derecho por razones de seguridad, o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuaos requieran su neutralidad religiosa o que su cara pueda verse.[18] Esta restricción se hace muy evidente en países

[16] Adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, disponible en: *https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf*.

[17] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630), F. 8; STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

[18] Medina, Graciela, "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",

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

como Francia, en los que la laicidad del Estado prohíbe cualquier tipo de manifestación externa de las creencias religiosas.[19]

La internacionalización de la relación entre vestimenta y libertad religiosa a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho que se sienten unos principios que, sin ser obligatorios, permiten conciliar derechos en apariencia antagónicos.

La falta de vinculación legal de las resoluciones adoptadas por el TEDH no limita su indudable trascendencia al establecer un posible marco de convergencia en el tratamiento jurídico del ejercicio de este derecho. Esto se ha podido constatar en asuntos como el de *Leyla Sahin contra Turquía*,[20] el caso *Fernández Martínez contra España*[21] o el asunto *Sodan contra Turquía*[22] del 2 de febrero de 2014, los cuales encuentran su base jurídica en el artículo 9o. del Convenio, apoyado en distintos derechos, como la libertad de educación, la libertad de expresión o el respeto a la vida privada. Hay que tener en cuenta que aunque los pronunciamientos del TEDH no afectan a la Constitución,[23] a las leyes internas de cada país ni a sus interpretaciones judiciales, sí facilitan un acercamiento en la garantía de derechos oponibles que facilitan la convivencia y el respeto a la dignidad humana.[24]

El TJUE se ha pronunciado sobre este conflicto desde la interpretación de la Directiva 2000/78/CE[25] sobre el principio de igualdad de trabajo y la

Revista Bolivariana de Derecho, núm. 19, enero de 2015, pp. 164-181. Carretero García, Ana, "Sin burka por prohibición nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 2014", *Revista Centro de Estudios de Consumo, de Derecho de Consumo*, núm.11/2014, disponible en: *http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco*.

19 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 1o. de julio de 2014, La prohibición del uso del burka en lugares públicos. El asunto S.A.S. contra Francia.

20 TEDH, *Leyla Sahin contra Turquía*, del 29 de junio de 2004.

21 TEDH, *Fernández Martínez contra España*, del 15 de mayo de 2012.

22 TEDH, *Sodan contra Turquía*, del 2 de febrero de 2014.

23 STC 292/2000, del 30 de noviembre, FJ 11.

24 Sobre la relevancia y problemática que generan los pronunciamientos del TEDH, Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?", Universidad Pública de Navarra, 2014, pp. 16-18, disponible en: *https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1&isAllowed=y*.

25 Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOUE-L-2000-82357 (DOCE 2/12/2000).

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

prohibición de toda discriminación,[26] ya sea directa, cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de la religión o las convicciones,[27] o indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, con una edad, o con una orientación sexual determinadas[28] respecto de otras personas. También en la Directiva se subordina el ejercicio de este derecho por razones de seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.[29]

Respecto a la actividad profesional, la Directiva 2000/78/CEE establece que no será discriminatoria la diferencia de trato cuando la característica que lo provoca constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado,[30] como tampoco tendrá la consideración de discriminación indirecta cuando la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios.[31]

Las limitaciones previstas para el ejercicio de estos derechos son propios de una sociedad democrática en la que en el mismo espacio confluyen distintos derechos que han de convivir y que, sin ser superiores unos a otros, sí tiene que haber una prelación en aras al bien común. El artículo 53 CE protege el contenido esencial de estos derechos atribuyendo sólo a la ley la competencia para desarrollar su ejercicio que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. De esta manera, cualquier limitación del ejercicio de un derecho ha de ser legal, tener un carácter restrictivo y estar plenamente justificada.

La aparición de conflictos jurídicos por razones religiosas tiende a incrementarse en la medida en que la sociedad se hace más pluralista, puesto que ello demanda una normativa específica que garantice el ejercicio del derecho

[26] Directiva 2000/78/CE, artículo 2.1, y respecto a las causas de discriminación la presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

[27] *Ibidem,* artículo 2.2 a).

[28] *Ibidem,* artículo 2.2 b).

[29] *Ibidem,* artículo 2.5.

[30] *Ibidem,* artículo 4o.

[31] *Ibidem,* artículo 2.2 b) i).

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

en cualquier ámbito, ya sea público o privado. De esta forma, el artículo 1o. de la Ley Orgánica 78/1980 sobre libertad religiosa[32] garantiza el derecho fundamental de libertad religiosa y prohíbe cualquier tipo de discriminación en su ejercicio. No obstante, el carácter no absoluto de los derechos en el ámbito de una sociedad democrática se evidencia en las limitaciones que a su ejercicio se imponen en el artículo 3o. de la Ley, y que vienen impuestas por los elementos constitutivos del orden público: la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública.

De esta forma, las manifestaciones o expresiones públicas del fenómeno religioso no pueden ser objeto de coacción por el Estado ni por ningún grupo social[33] más allá de los límites que constitucionalmente puedan imponerse cuando entran en colisión con derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos igualmente protegidos.

III. El derecho de libertad religiosa y la relación laboral

Son muchos los ámbitos en los que podemos encontrar un conflicto jurídico entre dos derechos que precisen ser limitados en su ejercicio como garantía de su respeto. Sin embargo, si hay un ámbito en el que este conflicto se puede llegar a materializar con más crudeza es en la relación laboral. El derecho de libertad religiosa es un derecho inespecífico que no forma parte de la autonomía contractual, pero que impacta directamente en ella[34] afectando su ejercicio al equilibrio de poder existente en la empresa.

Manifestaciones externas del trabajador, como la utilización de una determinada simbología, vestimenta o una indumentaria de carácter religioso en una relación privada de carácter contractual, pueden llegar a provocar una brecha entre el difícil equilibrio existente entre el derecho de libertad de empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores que no puede

32 *Boletín Oficial del Estado* del 24 de julio de 1980.

33 Tampoco en su vertiente negativa sobre obligarles a declarar sobre su religión o creencias, STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 6.

34 La libertad religiosa es un derecho que se enmarca dentro de los derechos de *ciudadanía en la empresa,* lo que implica que el trabajador, en cuanto ciudadano, puede hacerlo valer dentro de la relación laboral; Gutiérrez Pérez, M., "Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.,* pp. 24 y ss. Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.,* p. 8.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

resolverse desde la perspectiva de la libertad de empresa, al menos no en exclusiva.

La posición de subordinación que ocupa el trabajador frente al poder de dirección del empresario[35] hace que, en garantía del derecho de libertad de empresa, los derechos fundamentales del trabajador se modalicen, aunque sin llegar a perder su esencia. Estos derechos van a quedar limitados en su ejercicio cuando supongan un límite al derecho empresarial que le impida desarrollar su actividad conforme tiene reconocido constitucionalmente.[36] Esta modalización no implica, sin embargo, que se puede privar al trabajador de los derechos que tiene reconocidos como ciudadano. Como señala la STC 106/96, del 12 de junio:

> ...las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que garantiza el artículo 38 CE legitima que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional.

En ningún caso puede privarse íntegramente a un trabajador del ejercicio de un derecho fundamental en aras de un "interés superior". Los derechos fundamentales no necesitan una protección legal específica, ya que ésta le viene dada por la propia Constitución que en su artículo 53.2 establece que sólo por ley podrá desarrollarse su ejercicio, sin que en ningún momento pueda afectar a su contenido esencial. En este mismo sentido, una prolífica jurisprudencia constitucional señala que "el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a

35 Artículo 20 TRET 1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

Artículo 20.2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

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

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente".[37]

El carácter individual del derecho de libertad religiosa hace que su ejercicio dentro de la empresa también participe de este carácter. Es decir, los conflictos que surjan tendrán carácter individual y su resolución deberá adecuarse al caso concreto, y todo ello con independencia de que las medidas adoptadas sean de carácter colectivo y que con ellas se puede estar limitando los derechos de un trabajador precisamente por manifestar su pertenencia a un grupo.

Con carácter general, la vestimenta y la apariencia no son más que una manifestación externa del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la persona, consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Esta expresión no desaparece ni se minimiza cuando nuestra imagen externa es la manifestación de una creencia ideológica, religiosa y de culto que nos identifica como pertenecientes a una determinada confesión religiosa. El límite al ejercicio del derecho de libertad religiosa, como el resto de los derechos de la personalidad, encuentra su límite absoluto en el respeto de la dignidad humana.[38] En la relación laboral aparece como un límite insalvable al ejercicio del derecho de libertad de empresa del empresario, como se pone de manifiesto en el artículo 4.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), el cual reconoce a los trabajadores el derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, en la que se incluye la protección frente al acoso por razón de religión o convicciones.[39]

Hay que tener en cuenta que la utilización por parte del trabajador de una simbología o indumentaria determinada de contenido religioso no obedece a un capricho o a una moda pasajera, sino a un sentimiento íntimo que le impide actuar de forma diferente.[40] La libertad de conciencia, como manifes-

[37] Por todas, STC 141/2000, del 29 de mayo, FJ 4.

[38] Artículo 10.1 CE, "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"; artículo 35.1 CE. Martí Sánchez, José María, "Balance de la libertad religiosa en España (situación de la mayoría católica)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, p. 138.

[39] Artículo 4.2 e). Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

[40] Toledo Oms, Albert, "Relación laboral…", *cit.,* pp. 782 y 783.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

tación del derecho de libertad religiosa, gira en torno a la idea de cultura en la que se incluye la costumbre de utilizar prendas o símbolos que hagan visible las creencias del individuo sin entrar a valorar, como ya se ha comentado, la existencia o alcance de su sentimiento religioso.

No se discute, por tanto, si la adecuación de la conducta de una persona a sus convicciones religiosas y su exteriorización forma parte intrínseca del derecho de libertad religiosa,[41] pero sí podemos llegar a plantearnos si desde una perspectiva ético-jurídica del derecho es lícito usar una determinada vestimenta, indumentaria o simbología como expresión de ese derecho en una relación privada, como es la contractual, cuando una de las partes la prohíbe con base en un interés que considera legítimo y que le reconoce la propia Constitución.[42]

La falta de una regulación específica hace que sean los tribunales los que tengan que poner en valor el derecho que asiste a las partes implicadas, bien desde la perspectiva de discriminación por razón de religión, bien a través de la ponderación de los hechos en aplicación de los distintos cánones interpretativos sobre el contenido y alcance del derecho cuestionado. Un elemento negativo de la judicialización del conflicto es que no crea una respuesta generalizada, ya que aunque crea precedentes no deja de ser limitada a un caso concreto con unas peculiaridades propias no siempre extensibles a supuestos similares ni a sujetos ajenos al proceso.

IV. El derecho de libertad religiosa como límite del derecho de libertad de empresa

El carácter personal del derecho de libertad religiosa provoca que su garantía esté sujeta a la idiosincrasia de la realidad en la que el sujeto lo ejerce. La defensa permanente de su contenido frente a la actuación legislativa y frente a otros derechos de igual o similar rango hace que, en ocasiones, se llegue a cuestionar su propio contenido esencial. Tradicionalmente son los tribunales

[41] Cañamares Arribas, Santiago, "Las manifestaciones externas de la religiosidad…", *cit.*, pp. 177 y 178. Lemus Diego de, Ma. Teresa, *Libertad religiosa, simbología y derecho comparado*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, Colección Vítor, 2016, p. 275.

[42] Artículo 38 CE. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7. Pérez Álvarez, Salvador, "Marco constitucional del uso del velo…", *cit.,* p. 151.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

los que tienen que resolver el conflicto basándose en la identificación de los derechos afectados y en su ponderación a través de la tutela antidiscriminatoria o de la aplicación del principio de proporcionalidad o, recientemente, desde la acomodación razonable. La inexistencia de una decisión homogénea impide la aplicación de reglas predeterminadas, por lo que la resolución del caso dependerá del análisis ponderado de los hechos y de la argumentación racional que desde la interpretación de la norma se haga para cada supuesto concreto.

Referido a esta manifestación externa, entre los casos que llegan a los tribunales es difícil encontrar reglamentaciones internas de empresa privada que impidan el uso de estos signos visibles a trabajadores de una determinada creencia frente a otros. Lo habitual es que estas prohibiciones sean generales e indiferentes y se impongan al conjunto de los trabajadores, por lo que resulta difícil apreciar casos de discriminación directa en el sentido del artículo 2.2.a de la Directiva 2000/78/CE.

Las normas internas prohibitivas sí suelen producir, sin embargo, supuestos de discriminación indirecta, en la medida en que estas normas, en apariencia totalmente neutras, pueden ocasionar una desventaja particular a trabajadores que profesan una religión concreta. Y es en la solución de esta discriminación donde surgen los mayores conflictos interpretativos y la utilización de cánones distintos para su interpretación.

El enjuiciamiento de estos conflictos también presenta importantes hechos diferenciales entre cada caso. Mientras unos centran la interpretación en el contenido del derecho de libertad de empresa y en los límites del derecho vulnerado, otros lo hacen sobre la discriminación indirecta y sobre la legitimidad de la orden dada. La diferente casuística que puede llegar a plantearse dentro de una empresa en el ejercicio del derecho de libertad religiosa hace que sean los tribunales de justicia, e incluso el propio Tribunal Constitucional, los que, a través de la aplicación de un canon ponderado, atiendan a las peculiaridades de cada supuesto, estableciendo el alcance del derecho en conflicto y, en su caso, restituyéndolo.[43]

[43] STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7.

La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosas, sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

Como se señala en la STC 154/2002, del 18 de julio, FJ 7, "La aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto". La posibilidad de conflicto está presente desde el momento en que las distintas normas, nacionales, internacionales y comunitarias[44] prohíben cualquier tipo de discriminación, ya sea directa e indirecta, y paralelamente justifican la imposición de límites a su ejercicio.

Las peculiaridades de la relación laboral, el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos utilizados,[45] la tradición y las tendencias más o menos liberales respecto a la cuestión social dificultan el ejercicio de estos derechos en pro del interés de la empresa. No podemos olvidar, sin embargo, que cuando dos derechos entran en conflicto nos encontramos ante

> ...un régimen de concurrencia normativa y no de exclusión de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente de tal forma que: la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe por su parte el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.[46]

Desde las distintas interpretaciones judiciales se deduce que la "neutralidad religiosa" invocada por la empresa como argumento constituye un objetivo legítimo y, siempre que esté debidamente justificado, un límite al ejercicio del derecho del trabajador.

La empresa, en defensa de una pretendida "neutralidad religiosa" o la defensa de una determinada imagen corporativa,[47] puede prohibir toda manifes-

[44] Aunque ya se ha visto anteriormente con carácter específico, los artículos 2.2 b) i) y 4o. de la Directiva 2000/78/CE.

[45] Cristóbal Roncero, Rosario, "Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 199, 2017, p. 5 (BIB 2017/12358). Villalva Sánchez, Alicia, "Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014, p. 4.

[46] SJS de Palma de Mallorca, núm. 31/2017, del 6 de febrero (AS 2017/8).

[47] Rojas, Raúl, "La libertad religiosa en la relación laboral. ¿Se puede prohibir el velo islámico en los lugares de trabajo", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 929/2017 (BIB 2018/11813), p. 3.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

tación externa del sentimiento religioso sin vulnerar el derecho de los trabajadores, pero siempre que esa postura sea conocida por todos los trabajadores, que no admita ninguna excepción, que exista una prohibición expresa a su uso, que pueda argumentar la existencia de un perjuicio real a la imagen de la empresa y que, a partir de esas premisas, no puedan adoptarse otras medidas menos lesivas para el ejercicio de los derechos de los trabajadores de las que se han adoptado.

Supuestos significativos del Tribunal de Luxemburgo

A este supuesto, en el artículo 4o. de la Directiva, se introduce otro elemento diferenciador a favor del derecho de libertad de empresa cuando establece que "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". Para el Tribunal de Luxemburgo, el efecto limitante de este supuesto ha de interpretarse de forma muy restrictiva, aplicándolo sólo cuando sea "un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo", sin que puedan incluirse consideraciones subjetivas.[48] En caso contrario, y siguiendo al artículo 4o. de la Directiva, la falta de estas exigencias constituiría un supuesto de discriminación indirecta no permitida por la normativa comunitaria, internacional y, en nuestro caso, constitucional.

En la STJUE del 14 de marzo de 2017, caso *Asma Bougnaoui,* se prohíbe por una norma interna de la empresa el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Un cliente de la empresa eleva una queja a la empresa por ser asistido por una ingeniera de proyectos que utilizaba un velo islámico. El empresario le recuerda a la trabajadora la norma interna que prohíbe estas manifestaciones y la hace valer. Tras distintas advertencias y sanciones se procede al despido de la empleada con base en el interés de la empresa.

La cuestión que se hubiera podido plantear ante el tribunal es si los efectos de esa orden, aparentemente neutra, pueden considerarse perjudiciales para la trabajadora por constituir una desventaja particular frente a otros trabaja-

[48] STJUE, del 14 de marzo de 2017, Asunto 157/15, apartado 39, con remisión a la jurisprudencia del TEDH, especialmente a la sentencia del 15 de enero de 2013, *Eweida y otros contra Reino Unido* (TEDH 2013/12).

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

dores que no profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.[49] Según el artículo 2.2.b) i), esta orden no constituiría una discriminación indirecta si la empresa puede, objetivamente, justificar una finalidad legítima enmarcada dentro de una política de neutralidad para los clientes y que los medios utilizados para la consecución de ese fin son adecuados y necesarios.[50]

El Tribunal, aunque lo plantea, no entra a conocer de estas valoraciones, ya que el despido no se basó en la existencia de esta norma interna, sino en el incumplimiento de un requisito profesional esencial y determinante que impedía la utilización del velo. En este supuesto, la empresa olvida que, según el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CEE, este requisito no puede ser el motivo en el que se base la diferencia de trato, sino sólo una característica relacionada con dicho motivo.[51]

El Tribunal entiende que el requisito profesional esencial y determinante, previsto en la Directiva como causa justificativa de la diferencia de trato, sólo puede serlo cuando se trate de "un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo". No puede cubrir, por lo tanto, consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente, por lo que entiende que esa interpretación no se ajusta al sentido de la disposición planteada.

En la STJUE (Gran Sala), del 23 marzo de 2017, Asunto 157/15, caso *Samira Achbita y Centrum*, en su apartado 38 establece que el deseo de un empresario de dar una imagen neutra ante sus clientes forma parte de su derecho de libertad de empresa, sobre todo si sólo incluye a los trabajadores que van a estar en contacto con los clientes.

> La norma interna de la empresa puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen una convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima como el seguimiento

[49] Apartado 32 de la STJUE, del 14 de marzo de 2017, caso C-188/15.

[50] Apartado 34 de la STJUE, del 14 de marzo de 2017, caso C-188/15. Nuevo López, Pablo, "Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el derecho de la Unión Europea", *Estudios de Deusto 65*, núm. 2, 2017, p. 397. Toledo Oms, Albert, "Relación laboral…", *cit.*, p. 780.

[51] Por todas, STJUE (Gran Sala), del 14 de marzo de 2017, Asunto 188/15, *Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'home contra Micropole SA.*

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

> por parte del empresario de un régimen de neutralidad en las relaciones con sus clientes y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponde comprobar al tribunal.[52]

Esta interpretación permite restringir ciertos aspectos del derecho de libertad religiosa, como así también lo ha constatado el TEDH en diversas sentencias, siendo la más famosa la sentencia del 15 de enero de 2013, caso *Eweida y otros contra el Reino Unido*. En este caso, en la compañía British Airways, existía un código de conducta en el que se incluía la definición del uniforme y se entendía que el objetivo del código es legítimo en la medida en la que se quiere dar una imagen identitaria de la empresa. Este código en ningún caso ha planteado problemas y el Tribunal entendió que la decisión fue desproporcionada porque portar una pequeña cruz, que era el objeto del litigio, podría confundirse con una joya meramente decorativa a la que la empresa no se oponía.

La empresa no pudo demostrar un perjuicio a su imagen corporativa, toda vez que incluso había otros trabajadores que llevaban prendas religiosas y sí estaban autorizados. Por último, la empresa, para evitar los problemas, cambió durante todo el proceso sancionador el código de uniforme para permitir la utilización visible de la joyería simbólica religiosa. Todo lo anterior llevó al Tribunal a considerar, por un lado, que las medidas adoptadas por la empresa fueron desproporcionadas, no alcanzándose un equilibrio justo y provocándose una injerencia desproporcionada en el derecho de la trabajadora, y, por otro, que la prohibición a utilizar esos símbolos no era tan crucial para el interés o la imagen de la empresa, en la medida en que cambió la orden durante el proceso.

Para entender *prima facie* como legítima una orden que prohíba la utilización de esos símbolos o prendas como medio para garantizar la neutralidad de la empresa ha de existir antes de que se le exija al trabajador una conducta determinada; exigir su cumplimiento a todos los trabajadores de forma congruente y sistemática; limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir la meta perseguida,[53] y demostrar que las medidas adoptadas son necesarias y las más adecuadas para conseguir el fin perseguido por la empresa.[54]

---

52 Asunto 157/15, apartado 44.

53 Apartado 40 de la STJUE (Gran Sala), del 14 de marzo de 2017, *Caso Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA.* (TJCE 2017/24).

54 Por todas, STC 154/2002, del 18 de julio (RTC 2002/154), FJ 8.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

La solución de estos conflictos la plantea el Tribunal de Luxemburgo desde la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por motivos religiosos; nuestros tribunales lo hacen desde la ponderación de los derechos.

V. La aplicación de los cánones interpretativos al ejercicio del derecho de libertad religiosa

La solución judicial a los conflictos surgidos en la empresa, como consecuencia del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. En un primer momento se aplicaba una estricta visión contractualista de la relación, de tal forma que sólo prosperaba el derecho del trabajador cuando era limitado por una conducta o decisión totalmente arbitraria de la empresa; en el resto de los supuestos, la decisión se entendía legítima si la reclamación implicaba una alteración de las condiciones organizativas de la empresa.

Esta posición se mantiene hasta la STC 99/1994, en la que se intenta solucionar el conflicto desde la valoración de los derechos fundamentales del trabajador y no del exclusivo interés de la empresa, al entender que no existe jerarquía entre los derechos, sino que la solución ha de venir de su ponderación. De esta forma, la legitimidad de la medida se subordina a la necesidad de que sea imprescindible y que no haya otra que permita alcanzar el objetivo previsto.[55]

1. *El principio de proporcionalidad*

El principio de necesidad se ha completado con el principio de proporcionalidad, canon interpretativo consolidado en nuestra jurisprudencia y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,[56] en la que la legitimidad de la decisión del empresario se justifica desde la superación de un triple test: la idoneidad del medio utilizado para conseguir el objetivo propuesto; la necesidad de utilizar esa medida por no existir otra más moderada con igual eficacia, y la proporcionalidad, es decir, hay que ver si la limitación del derecho es equilibrada con el bien empresarial que se trata de tutelar.

[55] Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.*, pp. 61 y 62.

[56] SSTC 204/1997, del 25 de noviembre; 37/98, del 17 de febrero; 98/2000, del 10 de abril; 186/2000, del 10 de julio.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

Los conflictos generados por la utilización de símbolos o vestimentas de carácter religioso no son muy frecuentes, al menos desde el punto de vista de su trascendencia judicial.[57] La primera sentencia de referencia es la adoptada por el TSJ de Islas Baleares, 457/2002, del 9 de septiembre, en la que un trabajador de una empresa de transportes municipal es sancionado por llevar gorra cuando la uniformidad prevista en el convenio colectivo no lo permitía. Se trata de un trabajador de confesión judía que tiene prohibido llevar la cabeza despejada por su religión, por lo que siempre ha de utilizar un Kipá. Sin entrar a valorar una posible vulneración del derecho de libertad religiosa, aludiendo al carácter laico del Estado, se falla a favor de la empresa por entender que la determinación de uniformidad está prevista en el convenio y que, en cualquier caso, a falta de acuerdo previo, es competencia del empresario.[58] En el recurso se recoge esta doctrina, pero se subordina al respeto a la dignidad y honor del trabajador o a cualquier derecho fundamental y libertad pública reconocidos en la Constitución.[59]

Ponderados los derechos en conflicto, no consta que la empresa hubiera prohibido con anterioridad la conducta del trabajador (lleva 23 años en la empresa utilizando la gorra). No argumenta ni justifica su cambio de actitud y no demuestra que esa conducta haya causado daño o menoscabo a la imagen de la empresa o que haya provocado algún incidente o trastorno durante la ejecución del servicio. Por ello, concluye en su FJ 2 que la posición de la empresa responde más a una decisión autoritaria que al ejercicio de un derecho, ya que si la actividad laboral no se ve afectada ni tampoco los intereses em-

57 Martí Sánchez, José María, "Balance de la libertad religiosa en España (situación de la mayoría católica)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, p. 137. Pérez Álvarez, Salvador, "Marco constitucional del uso del velo…", *cit.*, pp. 180-184.

58 STS del 23 de enero de 2001 (RJ 2001/2063). Cámara Botía, Alberto, "La libertad de vestir del trabajador", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 6/2013 (BIB 2013/1564) pp. 23 y 24. Toledo Oms, Albert, "Relación laboral…", *cit.*, p. 781.

59 Aunque referida a la uniformidad sin vinculación con el derecho de libertad religiosa, es muy interesante la STS del 23 de enero de 2001 (Rec. Casación 1851/2000), FJ 3, en el análisis de las facultades empresariales previstas en el artículo 20 ET, en el que se afirma que no predomina el principio de autoridad, sino el principio de exigencias de la buena fe de respeto a las normas sin poder sobrepasar los límites que le imponen el respeto íntegro a los derechos fundamentales. En su fundamento jurídico 4 establece que una decisión sobre la uniformidad no tendrá carácter discriminatorio, ni en este supuesto supondrá una discriminación por razón de género, cuando exista una justificación objetiva y razonable.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

presariales, no es admisible una decisión que, señala, hiere sin provecho para sí los sentimientos religiosos de un empleado.[60]

En la SJS de Palma de Mallorca, 31/2017, del 6 de febrero (AS 2017/8), una trabajadora comunica a la empresa Aeropuerto de Palma su intención de utilizar el hiyab, y la empresa la autoriza provisionalmente hasta que no se resuelva la consulta sobre su licitud. La respuesta es negativa y se le conmina para que no utilice esta prenda por: *a*) ir en contra de la imagen de neutralidad que quiere transmitir la empresa; *b*) no adecuarse al uniforme previsto por la compañía, y *c*) poder suponer un problema de imagen de cara a los clientes. La trabajadora ignora la orden por entender que no se trata de una desobediencia o indisciplina, sino del ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y una defensa de su dignidad. La empresa entiende justificada su orden y la sanciona en sucesivas ocasiones hasta que procede a su despido.

Como ya se ha comentado, tampoco en este supuesto el debate jurídico se centra en la cuestión religiosa, sino en la defensa del interés de la empresa. Justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido una lesión al derecho fundamental,[61] corresponde a la empresa, como es jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional, aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas, de su proporcionalidad y de su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.[62]

El Tribunal falla a favor de la demandante porque la empresa no supera el test de proporcionalidad. Queda probado que la empresa no ha invocado una política de neutralidad religiosa, que el manual de imagen personal y uniformidad no se había dado a conocer en el momento de los hechos a los trabajadores de la empresa y que en su contenido sólo se prohibían los adornos y no el uso de símbolos religiosos, algo que en este caso queda

[60] El hecho de que se trate de una administración pública la empleadora no sólo debe velar por el respeto del derecho fundamental consagrado en los artículos 14 y 16 CE, sino que además se ve afectada directamente por el mandato de artículo 9.2 CE cuando establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad, la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas.

[61] Se necesita la existencia de una prueba indiciaria por parte del demandante de que del acto del empresario puede deducirse la lesión de su derecho fundamental, la primera de ellas la SSTC 38/1981, del 23 de noviembre, en sus FJ 2o. y 3o., y en esta misma línea una prolífica jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras, las SSTC 31/2014, del 24 de febrero, 10/2011, del 28 de febrero, y 2/2009, del 12 de enero.

[62] Por todas, SSTC 38/2005, del 28 de febrero, y 3/2006, del 16 de enero. En idénticos términos, el FJ 2o. de la SJS de Palma de Mallorca, núm. 31/2017, del 6 de febrero.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

demostrado, ya que es indiscutible que el uso del hiyab es una manifestación de la creencia religiosa, y en ningún momento la empresa ha invocado perjuicio alguno.

La aplicación del principio de proporcionalidad concluye con una resolución diferente en el caso planteado en la STSJ de La Rioja, 133/2017 del 22 de junio (AS 2017/1337), en el que se desestima la demanda planteada por la trabajadora. En este caso, una empresa dedicada al cultivo del champiñón y otros hongos exige a todos sus empleados que cumplan escrupulosamente con la uniformidad de la empresa, la cual no permite dejar a la vista, fuera del uniforme, en el que se incluye un gorro, ropa o adorno personal del trabajador por razones de seguridad alimentaria.

La empresa, hasta el momento de la prohibición, expresa que había sido muy laxa en la exigibilidad de esta norma interna, situación que cambia a raíz de la visita de una empresa certificadora de sistemas de calidad, la cual apercibe a la empresa con negar la necesaria certificación si no cumple estrictamente con el protocolo establecido en el convenio colectivo sobre la indumentaria. Esta decisión es interpretada por la trabajadora demandante como una vulneración de su derecho de libertad religiosa y se opone a su cumplimiento, por lo que es sancionada con una suspensión de empleo y sueldo por desobediencia e indisciplina.

Tras el análisis de los hechos y la aplicación del canon de proporcionalidad, la sentencia en su FJ 2 considera que la decisión de la empresa ha constituido un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de una finalidad legítima, como lo es cumplir con los protocolos en materia de higiene impuestos por la empresa certificadora de calidad y garantizar la viabilidad de la empresa.

El hecho de que la empresa fuera tolerante con el incumplimiento del protocolo convencionalmente existente no implica un derecho adquirido para la trabajadora, máxime cuando se advirtió y se informó convenientemente a todos los empleados del cambio de criterio que iba a experimentar la empresa en su exigibilidad, por lo que su incumplimiento, a partir de ese momento, podía conllevar sanciones disciplinarias.[63]

Queda demostrado que la nueva medida se dirige a la totalidad de la plantilla, prohibiendo que cualquier prenda quede fuera de la bata y el gorro obligatorio, por lo que la decisión no guarda ninguna relación con la religión profesada por los trabajadores, la mayor parte de ellos mujeres musulmanas.

[63] STSJ de La Rioja, núm. 133/2017, FJ 3.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

La medida es necesaria por razones de higiene alimentaria, poniéndose en peligro esta garantía si los productos entran en contacto, de alguna forma, con la ropa del trabajador. La empresa permite llevar cualquier indumentaria, siempre que no sobresalga de la bata y el gorro o redecilla. Tampoco se ha encontrado una solución alternativa a la ofrecida por la empresa que permita garantizar las exigencias de salubridad de la empresa, por lo que se entiende superado el test de proporcionalidad por ser ajustada la decisión al fin perseguido desestimándose el recurso de la trabajadora.

El debate jurídico en las sentencias anteriores se ha centrado en la legitimidad de la orden o de la decisión del empresario, en lugar de plantearlo desde la cuestión del derecho de libertad religiosa, como se hace en las sentencias del Tribunal de Luxemburgo.[64] Aunque a tenor de los hechos la resolución probablemente hubiera sido la misma, la dificultad de superar el test de proporcionalidad desde el punto de vista del interés del empresario es bastante más fácil que hacerlo desde la prohibición de discriminación.

Desde la perspectiva del interés del empresario, superar los test parciales que conforman el test de proporcionalidad implica que será indiferente la medida limitadora adoptada siempre que sea necesaria para conseguir el fin propuesto, que la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla a quien se le impone se va a medir generalmente a través del indicador de la eficacia, y que en el respeto al contenido esencial del derecho se pueden llegar a desconocer algunos intereses de los trabajadores que pueden ser decisivos a la hora de valorar la legitimidad de la decisión empresarial.[65]

Por su parte, la aplicación del test de proporcionalidad desde la prohibición de la discriminación de los artículos 14 y 16 CE hace recaer sobre el empresario, una vez presentados unos indicios racionales de discriminación, la carga de probar la razonabilidad de su decisión y la ausencia de todo propósito lesivo del derecho fundamental; este sería el único medio para destruir la apariencia lesiva creada por tales indicios.[66]

---

[64] Rojo Torrecilla, Eduardo, "Tras el debate en el aula iuslaboralista de la UAB sobre libertad religiosa y relaciones de trabajo. Unas notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (caso Acciona Airport Services SAU)", 2017, p. 4, disponible en: *http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/libertad-religiosa-y-relaciones-de.html.*

[65] STC 154/2002, del 18 de julio (RTC 2002/154). Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.*, p. 67.

[66] STC 31/2014, FJ 3. En la STC 51/2021, del 15 de marzo, FJ 3, respecto a los indicios de discriminación dispone que el empleador ha de rebatirlos justificando la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada de modo que "si esa

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

Situar en el debate jurídico en primer plano la cuestión de la libertad religiosa reduce la posibilidad de elegir medidas más limitantes para el ejercicio del derecho que, en el supuesto anterior, hubieran justificado su legitimidad superando este canon interpretativo.

2. *El acomodamiento razonable*

En nuestro país, la experiencia jurídica sobre la simbología y la vestimenta de contenido religioso dentro de la empresa, ya sea pública o privada, es bastante limitada. Sin embargo, la pluralidad confesional, cada vez más presente en nuestra sociedad, puede llegar a provocar un incremento de conflictos jurídicos entre el derecho de libertad de empresa y el derecho de libertad religiosa al que habrá que darle una respuesta satisfactoria lo menos limitante posible del ejercicio del derecho. Aplicar el principio de proporcionalidad al choque conceptual que se produce entre los dos derechos no siempre puede ser el más idóneo para la efectividad del ejercicio de la libertad religiosa, sobre todo si pueden existir alternativas que, sin generar un coste inasumible para la empresa, permitan su pleno ejercicio.[67]

Conseguir un equilibrio entre los derechos en conflicto deja en manos del juez la idoneidad de la elección de la técnica a aplicar.[68] Si el principio de proporcionalidad es el más aceptado por la doctrina, aun teniendo en cuenta sus limitaciones, se está abriendo paso en nuestros tribunales a la técnica de la acomodación razonable.[69]

Con esta técnica, importada de EE.UU. y Canadá,[70] se trata de posibilitar la adaptación de la actividad productiva y/o su organización a las prácticas

intencionalidad no existe ha de probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación, es decir, ha de probar que sus decisiones o actos fueron legítimos y carentes de móvil o efecto discriminatorio".

[67] Ojeda Avilés, Antonio, "Libertad religiosa *versus* libertad de empresa. Las técnicas de ajuste", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, p. 31.

[68] Nuevo López, Pablo, "Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa…", *cit.*, pp. 401-403. Salanova Sánchez, Belén, "El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa privada: el acomodo razonable", Madrid, Universidad Carlos III, tesis doctoral, 2016, pp. 129-155.

[69] Martí Sánchez, José María, "Balance de la libertad religiosa…", *cit.*, p. 140. Ojeda Avilés, Antonio, "Libertad religiosa *versus*…", *cit.*, p. 46.

[70] Solanes Corella, Ángeles, "Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad", *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, pp. 305-333.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

religiosas de los trabajadores, siempre que no se perjudiquen los intereses de la empresa. La idoneidad de la técnica del acomodo razonable se centra en el nivel de perjuicio tolerable para la empresa. Resulta evidente que cualquier límite que se le imponga al poder organizacional del empresario puede considerarse como un perjuicio. De hecho, es el argumento en el que se basa la técnica contractualista. La diferencia más relevante se encuentra en el concepto del perjuicio, el cual deberá ser *excesivo* para no aplicar el acomodo razonable. En todo caso, se sigue centrando la resolución del conflicto en un concepto jurídico indeterminado, por lo que a los jueces y tribunales les corresponde definir qué ha de entenderse por *perjuicio excesivo* y, en consecuencia, establecer los límites del ejercicio del derecho, por lo que el problema de seguridad jurídica subsistiría.

La jurisprudencia canadiense ha ido definiendo cuáles son los indicios que justifican la existencia de este perjuicio y cuáles, aunque podrían superar el test de proporcionalidad, no alcanzarían el de *acomodo razonable*, por lo que no podrían utilizarse como límites al ejercicio del derecho fundamental. Estos indicios son el coste económico excesivo de la medida, la intercambiabilidad o facilitad con la que los efectivos y las instalaciones se pueden adaptar a las circunstancias, o el riesgo para la seguridad. Por el contrario, no serían suficientes, factores como "la simple comodidad administrativa, las preferencias de la clientela, o el temor a crear un precedente".[71]

Con esta técnica no debe buscarse imponer modificaciones contractuales,[72] algo que podría ocurrir si se hace una valoración muy restrictiva del adjetivo *excesivo*. Llegar a este extremo implicaría, desde nuestro punto de vista, una sustracción al empresario de su derecho que, en modo alguno corresponde al juzgador de un proceso, cuya función principal es la interpretación y aplicación de la norma. Con el acomodo razonable se trata de promover una adaptación de la organización productiva al ejercicio de un derecho que, de otro modo, se vería limitado, afectando intrínsecamente a la igualdad de trato que el empresario, en el ejercicio de su actividad, debe garantizar.

La vinculación de esta técnica con la discriminación indirecta es muy evidente, en la medida en la que son los efectos de una decisión aparentemente

[71] Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.*, pp. 57 y 58.

[72] En la STC 19/1985, del 13 de febrero, FJ 1, se establece que, en el ámbito de las relaciones laborales, en el sentido de que, en particular, un cambio puramente fáctico —el de las ideas, o creencias religiosas del trabajador— en cuanto que manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, no puede provocar la modificación del contrato de trabajo suscrito. Pérez Álvarez, Salvador, "Marco constitucional del uso del velo…", *cit.*, p. 184.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

neutra los que generan diferencias de trato entre los trabajadores, en nuestro caso, por razones religiosas.[73] La falta de un ajuste razonable en las condiciones de trabajo, existiendo la posibilidad de hacerlo, restaría legitimidad a la decisión del empresario al prohibirlas y a la posible sanción impuesta al trabajador, aunque tales medidas puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras.[74]

Con esta técnica no se valora la búsqueda del equilibrio de intereses, en el que habitualmente se hace prevalecer el del empresario, sino la medida en la que un derecho puede ser ejercido cuando implica una alteración de la organización de la empresa.[75] En definitiva, se está hablando de una flexibilización de las condiciones de trabajo, no impuesta legalmente, pero que facilitan el ejercicio de un derecho fundamental sin necesidad de ser limitado. Cuando ese derecho es la utilización de símbolos, vestimenta o indumentaria de contenido religioso, este acomodo nos parece factible, incluso en aquellos supuestos en los que el trabajador o trabajadora haya adoptado una nueva religión o, simplemente, haya decidido exteriorizar sus creencias con posterioridad al inicio de su relación contractual.

La existencia de un requisito profesional y esencial determinante, las limitaciones legales al ejercicio de estos derechos o la falta real de alternativas organizativas en la empresa suponen un límite en sí mismo para la aplicación de esta técnica más allá del interés legítimo de la empresa. Resulta significativa la interpretación que la STC 51/2021, del 15 de marzo, FJ 4, realiza sobre el *ajuste necesario* en un supuesto de discriminación por discapacidad. Aunque no se puede inferir de esta sentencia una extra polarización al resto de los supuestos de discriminación previstos en el artículo 14 CE, el análisis que hace sobre la obligatoriedad legal del *ajuste necesario* en estos supuestos puede aplicarse a la comprensión del *acomodo razonable* como técnica interpretativa de defensa del ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la empresa.

Ante un conflicto de derechos, la denegación, por acción u omisión, del empresario del *acomodo razonable* podría considerarse como una conducta discriminatoria. La exigibilidad en el cumplimiento de una orden o instrucción, cuando no se ha facilitado esta adaptación, pudiendo hacerlo sin un perjuicio

[73] Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.*, p. 58.

[74] STC 51/2021, del 15 de marzo, FJ 3, aunque referido a una discriminación por discapacidad, la aplicación de la técnica de la acomodación razonable implicaría para estos casos una conducta discriminatoria por parte del empresario.

[75] Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos…", *cit.*, p. 58.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

excesivo para la propia organización empresarial, puede constituir en sí misma una conducta discriminatoria con independencia de la intencionalidad de la orden. Estaríamos ante una vulneración, no querida, del artículo 14 CE y, en nuestro caso, también del artículo 16 CE, en la que se impondría una carga desproporcionada o indebida al ejercicio del derecho.

Con esta técnica se trata, en definitiva, de que el juez adapte una norma interna de la empresa para contrarrestar su rigidez.[76] Es una técnica que no puede aplicarse con carácter general a un grupo indeterminado de personas, sino que requiere la aplicación individualizada en cada caso concreto. Su capacidad de adaptación puede, por un lado, facilitar la lucha contra la discriminación indirecta que puede llegar a generarse por la prohibición de cualquier manifestación externa del derecho de libertad religiosa, y por otro, aunque limita el poder organizacional del empresario, sus intereses no se ven perjudicados cuando se consideran legítimos, sino que encuentran en la aplicación de esos límites su propia defensa y justificación.

VI. La flexibilización de las condiciones de trabajo como instrumento de garantía del ejercicio de los derechos fundamentales

Las medidas flexibilizadoras, aunque pensadas principalmente para el interés de la empresa y su posicionamiento en el mercado, también pueden beneficiar los intereses del trabajador. Normativamente hablando, la flexibilización puede definirse como la capacidad de adaptación a las circunstancias y necesidades de cada momento que el legislador reconoce al empresario. Garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa desde la adaptabilidad de las normas internas de la empresa, incluidas las relacionadas con la uniformidad o indumentaria de los trabajadores, garantiza la igualdad de trato de todos los trabajadores y aleja cualquier atisbo de discriminación dentro de la relación laboral.

El conflicto entre el derecho de libertad de empresa y el derecho de libertad religiosa deviene, como ya hemos visto, de una concurrencia normativa no excluyente, de tal modo que los límites que se imponen al ejercicio del derecho han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a su esencia.

[76] Ojeda Avilés, Antonio, "Libertad religiosa *versus*…", *cit.*, p. 46.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

En nuestro sistema de relaciones laborales, la negociación colectiva ocupa una posición relevante en la regulación de las condiciones de trabajo, por lo que entendemos que es a ella a la que le corresponde incluir, dentro de sus cláusulas, la obligación del empresario de realizar, cuando sea posible, un ajuste necesario que favorezca el ejercicio de un derecho.

La posibilidad que tiene el empresario de descolgarse de condiciones previamente pactadas en un convenio colectivo, de adoptar un convenio propio con carácter preferente sobre cualquier otro o simplemente de utilizar cualquiera de las normas flexibilizadoras previstas en el Estatuto de los Trabajadores facilita, paradójicamente, su adaptación para garantizar el ejercicio de un derecho fundamental. La flexibilidad legal resta rigidez a la norma e incrementa el poder de dirección del empresario, lo que afecta a su capacidad organizativa. No hay que olvidar, como venimos insistiendo a lo largo de este trabajo, que el interés legítimo que justifica una decisión limitante del ejercicio de libertad religiosa ha de ser objetivo, razonable y suficientemente contrastable.

La negociación colectiva es el instrumento idóneo para incluir como cláusula normativa la obligación del empresario, de acuerdo con su propia capacidad organizativa y de la flexibilidad legalmente prevista, de facilitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa de sus trabajadores. Esta previsión implicaría que el empresario no debe esperar a que el trabajador solicite la adecuación de su actividad a sus creencias, sino que, tratándose de manifestaciones externas, son visibles para cualquier observador, y le corresponde a él, por la posición que ocupa dentro de la relación laboral, garantizar la igualdad de trato y la no discriminación a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles.

La inclusión del ajuste razonable como obligación del empresario para garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa traería como consecuencia que su incumplimiento podría constituir indicio razonable de un acto discriminatorio que se salvaría desde la imposibilidad de su aplicación. Ello, evidentemente, no afecta al carácter, discriminatorio o no, de la orden o práctica que en sí misma prohíba la utilización de estas prendas o símbolos de carácter religioso que, en todo caso, deberá ser resuelto en los tribunales, pero en los que el indicio para la existencia de discriminación vendría dado por el incumplimiento, injustificado o no, suficientemente motivado, del ajuste razonable previsto convencionalmente.

La previsión convencional de esta obligación, junto a una adecuada regulación, lo más flexible posible de la uniformidad exigible como imagen de la

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

empresa y/o una justificada neutralidad religiosa, facilita el ejercicio del derecho para el trabajador, garantiza la imagen corporativa que la empresa quiera transmitir, dificulta conductas discriminatorias y, en consecuencia, disminuye el conflicto.

VII. Conclusiones

Si algo está caracterizando hoy en día las relaciones de trabajo es la difuminación de los límites de la relación laboral, el individualismo frente a la defensa de lo colectivo y el protagonismo del interés de la empresa frente los derechos de los trabajadores. La globalización, el mercado, las nuevas tecnologías y de forma muy destacada las TIC han provocado una disrupción en las relaciones laborales en la que la convivencia entre el modelo tradicional y el nuevo no siempre es pacífica; no obstante, esta situación sí está homogeneizando una tendencia a la baja de los derechos laborales cada vez más cuestionados por un mercado cambiante que trata de imponer sus reglas haciendo prevalecer el interés del empresario como medio de subsistencia.

El marcado carácter liberal que se está imponiendo dentro de las relaciones laborales, auspiciado por las constantes reformas laborales, van minando los derechos de los trabajadores a través de la flexibilización de sus condiciones de trabajo que impactan directamente en la capacidad organizativa del empresario como herramienta para garantizarse una posición prevalente en el mercado.

Esta realidad, aparentemente, está provocando una disminución del conflicto colectivo, pero también un resurgir individual a través de la exigencia de los derechos fundamentales. Canalizar, sin embargo, el equilibrio a partir del reconocimiento de derechos trae importantes consecuencias no siempre positivas para quien los reclama, y es aquí donde la ley, la jurisprudencia y la negociación colectiva, probablemente sectorial, tienen mucho que decir.

No es cuestionable que la utilización de símbolos, vestimentas o adornos de contenido religioso, como manifestación externa del derecho de libertad religiosa, no puede ser limitada salvo por razones de orden público, salud, seguridad o por el ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos. Son los límites impuestos por estos últimos los que pueden llegar a impedir el ejercicio de otro derecho, como es el derecho al trabajo garantizado por el artículo 35 de la Constitución Española, bien porque al entrar en conflicto con el derecho del trabajador a la libertad religiosa su ejercicio se convierte

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

en un proceso de elección que desde un punto de vista constitucional resulta totalmente inadmisible.

El carácter no absoluto de los derechos fundamentales implica que existen límites al ejercicio de los derechos, pero cuando confluyen con los de otros sujetos que también los tienen protegidos. En la relación contractual, este conflicto se manifiesta entre el derecho de libertad de empresa del empresario y el derecho de libertad religiosa del trabajador. Tradicionalmente, el carácter privativo de las relaciones contractuales ha traído como consecuencia la prevalencia del derecho del empresario frente al ejercicio de cualquier otro derecho que pueda conllevar una limitación a su capacidad organizativa.

La falta de una regulación legal o convencional sobre el ejercicio de este derecho dentro de las relaciones laborales ha dejado en manos de los tribunales la solución de este conflicto. Entre las distintas técnicas utilizadas, la más aceptada en la actualidad es la aplicación del test de la proporcionalidad en la interpretación del derecho. Sin embargo, el margen de valoración de cada uno de los test que lo integran, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, hace que no siempre sea el más respetuoso con la justificación de los límites del derecho de libertad religiosa, subordinándolos a un interés de la empresa que se considera más legítimo.

La necesidad de garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa hace que nos planteemos, como ya han hecho los tribunales, la aplicación de otras técnicas, como la del acomodo razonable, que si bien no va a solucionar todos los problemas que pueden derivarse de este conflicto, sí va a otorgar validez a la necesidad de limitar el poder de dirección a favor de no hacerlo con el derecho de libertad religiosa. Con esta técnica, el límite viene impuesto por el derecho del empresario, y sólo cuando se considera excesivo puede limitarse sin incurrir en un supuesto de discriminación.

Esta técnica también tiene un aspecto negativo, y es la libertad que se le otorga al juez para valorar el concepto *excesivo.* Una interpretación muy restrictiva podría conllevar una modificación de las propias condiciones contractuales, algo que, entendemos, iría en contra del contenido esencial del de libertad de empresa, y una interpretación amplia limitaría en exceso el derecho del trabajador en beneficio del interés del empresario.

Es necesario buscar el justo equilibrio entre la aplicación de las distintas técnicas interpretativas, algo a lo que puede favorecer una previsión convencional sobre la necesidad de procurar un ajuste razonable en garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

VIII. Biblografía

Cristóbal Roncero, Rosario, "Protección del derecho a la propia imagen en el trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 199, 2017 (BIB 2017/12358).

Cámara Botía, Alberto, "La libertad de vestir del trabajador", *Revista Doctrinal Aranzadi Socia*l, núm. 6/2013 (BIB 2013/1564).

Cañamares Arribas, Santiago, "Las manifestaciones externas de la religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de la simbología religiosa". "El ejercicio de la libertad religiosa en España cuestiones disputadas", Ministerio de Justicia, 2003.

Carretero García, Ana, "Sin burka por prohibición, nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1o.. de julio de 2014", *Revista Centro de Estudios de Consumo, de Derecho de Consumo*, núm. 11/2014, disponible en: *http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.*

Goñi Sein, José Luís, "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?", Universidad Pública de Navarra, 2014, disponible en: *https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10903/Jose_Luis_Gon%CC%83i.pdf?sequence=1&isAllowed=y.*

Gutiérrez Pérez, Miguel, "Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos".

Lemus Diego de, Ma. Teresa, *Libertad religiosa, simbología y derecho comparado*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, Colección Vítor, 2016.

Martí Sánchez, José María, "Balance de la libertad religiosa en España (situación de la mayoría católica)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 27, 2011. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012.

Medina, Graciela, "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", *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 19, enero de 2015.

Nuevo López, Pablo, "Derecho antidiscriminatorio, libertad religiosa y relaciones entre particulares en el derecho de la Unión Europea", *Estudios de Deusto 65*, núm. 2, 2017.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2022.34e.16818

OJEDA AVILÉS, Antonio, "Libertad religiosa *versus* libertad de empresa. Las técnicas de ajuste", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019.

PÉREZ ÁLVAREZ, Salvador, "Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?", *Revista Foro,* nueva época, núm. 13, 2011.

ROJAS, Raúl, "La libertad religiosa en la relación laboral. ¿Se puede prohibir el velo islámico en los lugares de trabajo", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 929/2017 (BIB 2018/11813).

ROJO TORRECILLA, Eduardo, "Tras el debate en el aula iuslaboralista de la UAB sobre libertad religiosa y relaciones de trabajo. Unas notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (*caso Acciona Airport Services SAU*)", 2017, disponible en: *http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/libertad-religiosa-y-relaciones-de.html.*

SALANOVA SÁNCHEZ, Belén, "El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia del trabajador en la empresa privada: el acomodo razonable", Universidad Carlos III de Madrid, tesis doctoral, 2016.

SOLANES CORELLA, Ángeles, "Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad", *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* núm. 51, 2017.

TOLEDO OMS, Albert, "Relación laboral y libertad religiosa", Universitat de Barcelona, tesis doctoral, 2016.

VILLALVA SÁNCHEZ, Alicia, "Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014.

Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2022
https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/issue/archive