

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CONCIENCIA EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. UN INTENTO DE ARMONIZACIÓN DESDE EL DERECHO ESPAÑOL Y LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ¹

REBECA KARINA APARICIO ALDANA *

Resumen

Las relaciones laborales tienen la particularidad de servir de medio para la interrelación de personas de diversas culturas, costumbres y religión. Todas estas idiosincrasias deben ser respetadas, tanto por el empleador, como por los compañeros de trabajo, pues son expresión del desarrollo del ser personal de cada individuo, de su dignidad. Por este motivo resulta de particular interés, la delimitación adecuada del derecho a la libertad religiosa sobre todo teniendo en cuenta el reciente fenómeno migratorio que en las últimas décadas ha disfrutado la Unión Europea y que, en vista de la globalización, parece extenderse a diferentes partes del mundo, sobre todo a aquellos países denominados emergentes². El presente trabajo tiene como objetivo el análisis jurídico del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y su impacto en las relaciones laborales con el objeto de armonizar su ejercicio con las exigencias empresariales.

Palabras claves: Derecho a la libertad religiosa, derecho a la libertad de conciencia, derecho a la objeción de conciencia.

DOI: 10.7764/RLDR.2.19

I. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Para el TC «*el derecho a la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencia y, por tanto un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso,*

¹ Esa investigación es la actualización del artículo: “El deber de modulación o acomodación de los derechos fundamentales de los trabajadores: la libertad religiosa y de conciencia en las relaciones laborales” que fue galardonado con un accésit al Premio Estudios Financieros 2015, otorgado por el Centro de Estudios Financieros de España. Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores. El jurado calificador estuvo conformado por por: D^a. María de los Reyes Zatarain del Valle, *Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal*; D^a. Pilar Cavero Mestre, *Socia de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira y Presidenta del Foro Español de Laboralistas*; D. Jordi García Viña, *Catedrático de Derecho del Trabajo y Director de Relaciones Laborales de la CEOE*; D^a. Lourdes Mella Méndez, *Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*, D. Guillermo Rujas García, *Socio de Deloitte Abogados. Área Laboral*; D^a. Itziar Varona Aguirre, *Subdirectora de Relaciones Laborales de Repsol*.

* Profesora Universidad Internacional de la Rioja (España). Profesora Universidad de Piura (Perú)

² Al respecto: *Vid. FERNÁNDEZ, R et al. Inmigración, religión y trabajo en Andalucía, Andalucía: Consejo Económico y Social, 2007, 25.*

vinculado a la propia personalidad y dignidad individual». Ahora « (...) junto con esta dimensión interna, esta libertad, incluye también una dimensión externa de “agere licere”»³, de tal forma que «no sólo abarca el concreto modo de manifestar de los ciudadanos su relación con Dios mediante la práctica, la enseñanza, el culto y la observancia, sino también el vivir de acuerdo con las exigencias que se deriven de esas determinadas convicciones religiosas»⁴.

El derecho a la libertad religiosa, en su dimensión subjetiva, «tiene por objeto la fe y la práctica – pública y privada – de la religión»⁵. En este sentido, todo hombre debe ser inmune de coacción de los poderes públicos y de los particulares, tanto para realizar el acto de adhesión religiosa o modificarlo, viviendo en consecuencia, como para no realizarlo⁶.

La dimensión institucional u objetiva del derecho a la libertad religiosa se encuentra reconocida en el art. 16 de la CE que establece «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad española y mantendrán relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones». Del mismo modo, el art. 2.3 de la LOLR dispone que «Para la aplicación real y efectiva (...) los poderes públicos adoptaran las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa de centros docentes públicos».

Ello significa que, si bien es cierto, en razón del principio de pluralismo - valor de vital importancia dentro del ordenamiento jurídico - las actuaciones del Estado, en aspectos religiosos, deben regirse por el principio de neutralidad o laicidad, este debe ser entendido, en primer lugar, como mecanismo de defensa y protección del derecho a la libertad religiosa⁷. Pero, además, en razón de la vinculación del Estado a los derechos fundamentales, la libertad religiosa exige también a los poderes públicos una actividad positiva, una «cooperación imparcial»⁸ en orden a promover el desarrollo de las diferentes confesiones dentro la sociedad, garantizando, por ejemplo, el ejercicio efectivo de sus diversas manifestaciones dentro de la comunidad política⁹.

Esto implica el reconocimiento del hecho religioso como un factor social digno de protección y merecedor de público interés. Por ello, del carácter necesario de la laicidad estatal, no debe derivarse una misión secularizadora consistente en neutralizar la vida religiosa o la presencia de confesiones o promover el agnosticismo de sus ciudadanos¹⁰ fomentando «una drástica

³ STC 177/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 9 (RTC 1996\177).

⁴ BELLVER, V. La dimensión prestacional del derecho a la libertad religiosa. *Humana Iura*, 1996, 6, 264-265 y Art.18 de la DUDH.

⁵ HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: EUNSA, 1978, 149.

⁶ Sobre las diversas facultades y contenido del derecho a la libertad religiosa: *Vid.* LOLR 7/1980, de 5 de julio.

⁷ *Vid.* D' AGOSTINO, F. *Il diritto come problema teologico*. Torino: Giappichelli, 1992, 91-112.

⁸ OLLERO, A. Racionalidad, derecho y símbolos religiosos. *Persona y Derecho*, 2011, 64, 47.

⁹ *Vid.* STEDH, de 18 de marzo de 2011, *Caso Lautsi et autres contra Italia* (TEDH 2011\31).

¹⁰ *Vid.* GONZÁLEZ, J.M. Confesiones religiosas. En ORTÍZ, J. (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Pamplona: EUNSA, 236.

ISSN 0719-7160

separación entre los poderes públicos y el fenómeno religioso con la consiguiente exigencia de una estricta privatización del mismo»¹¹, sino en un interés objetivo del Estado de reconocimiento y promoción de las distintas confesiones religiosas y, en este sentido, los intereses religiosos devienen intereses públicos¹².

Así, la concepción de Estado laico supone que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias de la sociedad que dirigen, no para intentar arrinconarla en la privada intimidad¹³, sino para mantener, con las diversas confesiones, distintas relaciones de mutua convivencia, con el fin incentivar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad religiosas, tanto en su dimensión subjetiva como institucional. Entender la laicidad estatal como una exaltación de la neutralidad concibiendo la sociedad como arreligiosa supondría un intento por reducir la diversidad de creencias a un comportamiento social secularizado ausente de cualquier expresión externa de fe y religión, lo que vulneraría directamente el derecho a la libertad religiosa¹⁴, al desconocer la natural religiosidad del ser humano y su papel central dentro de toda comunidad democrática¹⁵.

Los poderes públicos se encuentran obligados a promover, proteger y evitar los obstáculos que impidan el real y efectivo ejercicio del derecho a la libertad religiosa¹⁶. Por ello deberán estar atentos a cualquier intromisión ilegítima que directa o indirectamente impida u obstaculice su ejercicio. Ahora, la injerencia estatal no sólo puede producirse por una legislación directamente discriminatoria, sino también con leyes con mero propósito secular, que indirectamente y aún sin intención, impiden su ejercicio, siendo posible lesionar o amenazar este derecho, tanto por una política de indiferencia, como por una legislación sectaria, que prefiera una religión frente a otras¹⁷.

Dicho lo anterior parece claro que la libertad religiosa no puede ser entendida como «*un simple resultado, (...) un subproducto de la laicidad, neutralidad o separatismo estatales*»¹⁸ algo que, en virtud de ser tolerado por el Estado y protegido por este, y, en tanto tiene consecuencias

¹¹ OLLERO, A. Racionalidad, derecho y símbolos religiosos, *Persona y Derecho*, 2011, 64, 46.

¹² Vid. BARRERO, A. Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, 61, 185.

¹³ Vid. OLLERO, A. *El estado laico: La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2009, 285.

¹⁴ Vid. BOTTA, R. et al. Las relaciones entre el Estado y las confesiones minoritarias: los derechos religiosos de los inmigrantes, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1998, 14, 68.

¹⁵ Vid. RHONHEIMER, M. Perché una filosofia politica. Elemento storico per una risposta, *Acta philosophica*, 1992, 2, 246.

¹⁶ Un ejemplo de la labor activa del Estado en: Caso *Supreme Court, Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (17 de junio 1963).

¹⁷ Vid. PALOMINO, R. Objeción de conciencia y relaciones laborales en el derecho de los Estados Unidos. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1991, 50, 905 -906.

¹⁸ MARTÍN DE AGAR, José Tomás, «Libertad religiosa, igualdad y laicidad», *Revista Chilena de Derecho*, 2003, 1, 108.

sociales¹⁹, los particulares también se encuentren obligados a tolerar; sino como un verdadero derecho fundamental digno de protección y respeto, por toda persona y por los poderes públicos, al permitir el desarrollo del hombre como ser personal y, en consecuencia, ser un medio para el logro del bien común.

II. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y RELACIONES LABORALES

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 3.1 de la Directiva 2000\78\CE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un margo general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el empresario se encuentra sujeto al principio de neutralidad frente a las distintas religiones y la proscripción de todo tipo de discriminación de los trabajadores, en razón de sus creencias.

Este principio deberá tenerse en cuenta en las distintas fases del surgimiento desarrollo y término de la relación laboral, es decir, comprende las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, y las condiciones de contratación y promoción, la formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración²⁰. De ahí que el derecho a la libertad religiosa en las relaciones laborales, desde una vertiente negativa o pasiva, se caracterice básicamente por el derecho del trabajador a no declarar sobre sus creencias religiosas, a no ser discriminado en razón de sus convicciones y a la prohibición del empresario de indagar sobre ellas, etc. Todos estos derechos del trabajador suponen una exigencia al empresario de una conducta neutral o no confesional.

El TC también ha considerado que el derecho a la libertad religiosa exige al empresario una conducta pasiva de no intromisión o injerencia con respecto a las creencias religiosas del trabajador, es decir, una posición de neutralidad frente a las manifestaciones religiosas de sus empleados²¹. De tal forma que se respete cierto tipo de comportamiento del trabajador en tiempo y lugar de trabajo que para la empresa sea inocuo o no le cause perjuicio alguno (por ejemplo, que el trabajador porte algún símbolo religioso o que tome determinados minutos de su jornada para rezar)²².

Ahora, cabe aclarar que este principio de neutralidad, al igual como sucede con los poderes públicos, no debe ser interpretado como un desconocimiento o rechazo de cualquier manifestación religiosa dentro del centro de trabajo, sino debe ser entendido como un deber de respeto, por parte del empresario, de las distintas creencias religiosas de sus trabajadores y el reconocimiento de su derecho a ejercerlo dentro de la empresa, mientras tal ejercicio no

¹⁹ WOOD, J. The U.S. Supreme Court's interpretation of the religion clause the Frist Amendment, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1990, 6, *passim*.

²⁰ VALDÉS DAL RÉ, F. La Libertad religiosa y su problemática acomodación con la organización del trabajo. *Relaciones Laborales*, 2004, 24, La Ley 1684/2004.

²¹ STC 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico 2 (RTC 1985\19).

²² *Vid.* RODRÍGUEZ, I.A. La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español. *Direitos Fundamentais Er Justiça*, 2011, 15, 2011.33.

ISSN 0719-7160

perjudique el normal desarrollo de la organización empresarial.

Además, dado que la existencia de una pluriculturalidad de creencias es una realidad innegable, la dimensión institucional del derecho a la libertad religiosa exigirá a los empleadores, en atención al principio de igualdad entendido como «*derecho a la diversidad*», el respeto a las diferencias de las distintas formas de fe que puedan tener sus trabajadores generando, además, la obligación de facilitar, en la medida que les resulte posible, las condiciones para su ejercicio pleno.

Así, la faceta positiva o activa del derecho a la libertad religiosa y la análoga posición del empleador con respecto a los poderes públicos, obligarían al empresario, mientras las actividades productivas de la empresa no se vean perjudicadas, a facilitar el ejercicio de este derecho, siendo deber del empleador «*realizar determinadas adaptaciones o modulaciones que aseguren el pleno respeto a la libertad religiosa de sus trabajadores*»²³, buscando vías de adecuación y ajuste razonable entre el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y la organización del trabajo ²⁴, como, por ejemplo, renegociar el contrato o reorganizar razonablemente las actividades productiva (a través de traslados de puesto de trabajo o modificación de jornada o de funciones), o exonerar al trabajador de ciertas obligaciones que resulten incompatibles con su fe²⁵ permitiéndole desarrollar su vida de acuerdo a sus creencias.

Ahora, cabe recalcar que no cualquier acomodación puede considerarse legítima jurídicamente, sino que será importante tener en cuenta que tal ajuste o modulación de la relación laboral sea razonable y suficiente. Así, por ejemplo, no puede considerarse como tal aquella que tenga como consecuencia una movilidad funcional del trabajador que suponga una sustancial disminución de su remuneración, pues ello le afecta de modo adverso. El empleador debe primero tratar de articular la acomodación dentro de la misma clasificación laboral del trabajador, dentro de su grupo ocupacional, sólo si esta no fuera posible se podrían brindar otras alternativas que sólo se materializarán si el trabajador, teniendo conocimiento de las razones que hacen imposible adecuar su situación dentro de sus capacidades y estándares profesionales, acepta alguna de las propuestas²⁶.

Por otro lado, también ha de tenerse en cuenta, con respecto a la modulación del derecho a la

²³ RODRÍGUEZ, I.A. Libertad religiosa y contrato de trabajo: Sentencia TC 19/1985, de 13 de febrero. En GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2013. 274.

²⁴ Vid. VALDÉS DAL RÉ, F. Libertad ideológica y contrato de trabajo: una aproximación de derecho comparado, *Relaciones Laborales*, 2004, 14, La Ley 2833/2004.

²⁵ Vid. GIL, J.L. Poder directivo y apariencia externa del trabajador. *Relaciones Laborales*, 2005, 19, La Ley 4757/2005.

²⁶ Vid. *United States Court of Appeals, Sixth Circuit, John H. DRAPER, Plaintiff-Appellant v. United States Pipe and Foundry Company*, 527 F.2d 515 (27 de junio 1976).

libertad religiosa dentro de la relación laboral, que al tener el empleador una posición análoga a los poderes públicos, tiene la facultad de prohibir, restringir o sancionar cualquier acto de los trabajadores dirigidos a ridiculizar o tratar de forma discriminatoria al trabajador que profese religión distinta, pues, estos actos quedan fuera del marco jurídico protegible de cualquier derecho fundamental y sobre estas acciones el empleador puede, en ejercicio legítimo de su poder de dirección, ejercer sus actividades prohibitivas, restrictivas o sancionadoras, en tanto constituyen un incumplimiento efectivo del contrato de trabajo al ser obligación de los trabajadores respetar los derechos fundamentales dentro de la relación laboral.

En conclusión, la vertiente positiva del derecho a la libertad religiosa obliga al empresario a realizar, de ser posible, determinadas adaptaciones o modulaciones organizativas e incluso a tomar medidas disciplinarias que aseguren el pleno respeto de la libertad religiosa de sus trabajadores²⁷.

En este sentido se ha pronunciado la STEDH, de 12 de abril de 2007²⁸ que aborda una demanda de discriminación profesional fundada sobre las creencias religiosas que pretendía ocultarse tras el cambio relativo a las exigencias de titulación para el desempeño del puesto. Una trabajadora, que realizaba actividades no académicas, fue ascendida por la Escuela del Río de Construcción Naval y Navegación de Ruse Bulgaria, después de una eficiente trayectoria profesional, al puesto de encargado de la piscina, siendo el único requisito para ocupar la plaza contar con educación superior, exigencia académica que cumplía, firmando posteriormente contrato indefinido para el puesto. Todo esto mientras se producía una sucesión de acontecimientos, por parte de la policía y de la oficina Fiscal, que condenaban y perseguían a los seguidores de un grupo cristiano denominado «Palabra de vida», al que pertenecía la trabajadora, impidiéndoles realizar sus reuniones, incautando el material didáctico de la organización, entre otras acciones represivas.

Siendo pública la pertenencia de la trabajadora a este grupo religioso y luego de un cambio en la Dirección de la escuela, la trabajadora fue convocada a una reunión con el Inspector y el subinspector de educación quienes le solicitaron su dimisión para reducir la tensión en la opinión pública amenazándola con que si no dimitía voluntariamente o renunciaba a su fe sería despedida. La trabajadora se negó a aceptar los requerimientos de los inspectores.

A partir de ese momento el nuevo director aisló a la trabajadora, se le retiró el teléfono de su despacho, se cambió la cerradura de la piscina, sin entregarle el nuevo juego de llaves y la supervisión de la renovación de la piscina se le encargó a un subordinado, pese a ser responsabilidad de la trabajadora, hasta finalmente despedirla alegando la Escuela que la trabajadora no cumplía con los requisitos de educación y calificación profesional requeridos

²⁷ Vid. U.S. Equal Employment Opportunity Commission <http://www.eeoc.gov/laws/types/religion.cfm>, última revisión 8 de marzo de 2014.

²⁸ STEDH, de 12 de abril de 2007, Caso *Ivanova* contra Bulgaria (TEDH 2007\27).

ISSN 0719-7160

para el puesto de encargado de la piscina. Notificada de la orden, el 28 de diciembre de 1995, la trabajadora preguntó cuáles eran los requisitos que no cumplía, pues a la fecha de su nombramiento ella cubría todas las exigencias requeridas, sin recibir respuesta alguna por parte del director.

Posteriormente a su despido se efectuó una modificación en la lista de puestos de trabajo de la Escuela totalmente fuera de la práctica habitual (pues tales cambios se producían al comienzo del año académico²⁹) y arbitraria (al no existir ninguna necesidad objetiva que justificara tal modificación) que el Ministerio de Educación aprobó por carta el 30 de enero de 1996, pero con efecto retroactivo al 1 de enero de 1996. La lista de puestos de trabajo modificada ya no contemplaba el puesto de encargado de la piscina, pero establecía el de organizador del complejo deportivo y se requería para ocupar esa plaza «*el grado universitario en deporte*», y en su defecto otros que no se correspondían con la educación superior que tenía la trabajadora demandante.

El Tribunal considera teniendo en cuenta la sucesión de acontecimientos que la extinción del contrato de la demandante no fue un mero resultado de una modificación justificada de los requisitos profesionales, sino que de hecho se produjo por sus creencias religiosas, constituyendo una injerencia en su derecho a la libertad de religión. El hecho de que se extinguiera el contrato de la demandante de acuerdo a la legislación laboral aplicable – introduciendo nuevos requisitos que no cumplía – no logra eliminar la causa sustantiva de su despido. Lo más contundente es la reunión sostenida con los funcionarios de Gobierno quienes presionaron a la demandante para que renuncia a sus convicciones religiosas, si quería conservar su trabajo, configurándose con este acto una violación flagrante al derecho a la libertad ideológica garantizada por el art. 9 del Convenio de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales³⁰.

1. DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y A LA PROPIA IMAGEN

Los trabajadores, en virtud del derecho a la libertad religiosa, se encuentran *a priori* facultados exteriorizar su fe, a través de la exhibición de símbolos o indumentarias que sus creencias les exigen portar con el fin de ser identificados como miembros de una determinada comunidad religiosa³¹. Sin embargo, en líneas generales, el uso de los símbolos religiosos dentro de la empresa debe atender a las características propias de la prestación. Así, por ejemplo, se debe tener en cuenta, la importancia que tiene para el puesto de trabajo, la imagen que desea

²⁹ En Bulgaria el año académico empieza el 15 de septiembre y concluye el 30 de junio. *Vid.* AAVV. (2012) p. 18.

³⁰ STEDH, de 12 de abril de 2007, Caso *Ivanova* contra Bulgaria, fundamento jurídico 84 (TEDH 2007\27).

³¹ *Vid.* LLANO, M. Derecho a la propia imagen y apariencia externa del trabajador: Sentencia TC 170/1987, de 30 de octubre. En GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Derecho del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2013, 432.

proyectar la empresa³²; o, si, el portar la prenda perjudica o no el desarrollo de las actividades o la organización de la corporación.

Por ello la cuestión de determinar cuándo esta manifestación de la religiosidad de los trabajadores constituye ejercicio legítimo de su derecho a la libertad religiosa y cuándo puede llegar a constituir una práctica abusiva dentro de las relaciones laborales requiere un tratamiento particular, máxime cuando, por ejemplo, ciertas prendas religiosas pueden poner en peligro la seguridad dentro de la empresa y por ello su uso por parte de los trabajadores constituiría un ejercicio abusivo y arbitrario de la libertad religiosa.

Es el caso de la trabajadora de una empresa, donde se debe usar maquinaria pesada que se niega a usar pantalones por motivos religiosos al pertenecer a la *Conservative Holiness faith* que prohíbe a las mujeres utilizar vestimenta masculina, pese a que la política de la empresa es que todos los trabajadores deben vestir pantalones por razones de seguridad, no estando permitido usar pantalones cortos o faldas con la finalidad de reducir la exposición de la piel a las partes afiladas del metal o el riesgo de que las ropas amplias puedan llegar a meterse en partes de la maquinaria, por ello, incluso se envía a casa a trabajadores, que sin ser de ninguna religión que les impida llevar pantalones, vienen incorrectamente vestidos³³.

El Tribunal del *Equal Employment Opportunity Commission* considera que la política de usar pantalones es razonable y necesaria y sigue los requisitos de la federal *Occupational Safety & Health Administration*. Por ello forzar a la empresa a aceptar que la trabajadora utilice falda conociendo que ellas no son tan seguras, al no existir ninguna evidencia que pruebe que su uso no sea perjudicial para la empresa, no sólo monetariamente, sino también en su forma de dirigirla, supondría imponerle una carga indebida ya que podría aumentar el riesgo de que los trabajadores se hieran, así como de responsabilidad empresarial por tales heridas, a través de compensación empresarial a los trabajadores, además de ser multada por la administración pública.

Asimismo, dada la naturaleza del negocio, en donde cualquier trabajador debe estar disponible para utilizar cualquier maquinaria en el momento en que lo requieran los clientes dependiendo del tipo de carga, no puede encontrarse acomodo para la trabajadora en la administración del negocio de la empresa. Así se concluye que no puede forzarse al empleador a emprender experimentos con la seguridad de los empleados y la responsabilidad legal que el uso de falda, por parte de sus trabajadoras, pueda acarrearle.

³² Vid. CASTRO, A. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de EU*. Madrid: Universidad Complutense, 2005, 167.

³³ Vid. *Equal Employment Opportunity Commission v. Oak-Rite Manuf. Corp.*, 2001 WL 1168156 (27 de agosto de 2001).

ISSN 0719-7160

Vistas así las cosas, analizaremos el uso de diversos atuendos o símbolos religiosos para diversas creencias y cuyo uso es un precepto moral que rige las conductas de quienes profesan su fe.

1.1. KIPÁ

Al respecto se ha pronunciado la STSJ Baleares, de 9 de septiembre de 2002. En resumen, los hechos son los siguientes: Un trabajador prestaba servicios como conductor de un autobús para la empresa de transporte municipal. Desde hace varios años había utilizado, junto con el uniforme de la empresa, una gorra con un claro significado religioso, el *kipá*, indumentaria propia de que aquellos que profesan la religión judía. Luego de que la empresa consintió esa conducta por varios años decide imponer a sus trabajadores una completa uniformidad y prohibió al trabajador usar el *kipá* en horas de trabajo.

La sentencia inicialmente reconoce el derecho de la empresa a exigir la uniformidad, pero advierte que la colisión con un derecho fundamental como la libertad religiosa no admite una solución única, sino que esta «*dependerá de las circunstancias que concurran en cada situación concreta, ponderando hasta qué punto el comportamiento del trabajador a que le obligan sus convicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos. En el caso de autos, no consta (...), que la conducta del actor haya causado algún tipo de daño o menoscabo a la imagen de la empresa, incidente o trastorno del servicio cualquiera durante la ejecución o, más en general, ninguna clase de perjuicio (...)* Luego, si ni la actividad laboral ni los intereses empresariales sufren en absoluto, no se ve razón atendible que justifique en derecho una decisión de la empresa, rayana, pues, en el autoritarismo, que hiere, sin provecho para sí, los sentimientos religiosos de uno de sus empleados constitucionalmente tutelados máxime cuando la demandada es una empresa municipal y por tanto perteneciente al sector público, y puede que, por ello, más comprometida que las de puro carácter privado con el cumplimiento efectivo de los valores constitucionales»; el Tribunal otorga el amparo al trabajador demandante³⁴.

Como puede observarse, en primer lugar, el Tribunal resuelve la sentencia partiendo de una supuesta colisión entre el derecho de libertad de empresa y el derecho a la libertad religiosa del trabajador. Por ello concluye que, en este caso, no existe razón alguna que justifique la restricción del derecho de libertad religiosa resultado, en definitiva, la prohibición del uso del *kipá*, un acto arbitrario del empleador, al herir «*sin provecho alguno*» los sentimientos religiosos de uno de los empleados.

Esta forma de entender la resolución del caso, no resulta adecuada pues plantea el asunto

³⁴ Vid. LLANO, M. Derecho a la propia imagen y apariencia externa del trabajador: Sentencia TC 170/1987, de 30 de octubre. En GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Derecho del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2013, 434.

como si ambas partes, en el caso concreto, ejercieran efectivamente derechos fundamentales y, uno de los dos derechos tuviera que ser restringido dependiendo de cuál interés se considera preponderante. Siguiendo esta argumentación, dado que en este caso no se ha demostrado que el interés de la empresa es de suficiente entidad para prohibirle al trabajador usar el *kipá*, la actuación de la empresa resulta injustificada por lo que la herida o restricción del derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa, no tiene sustento, es decir, cabe, de acuerdo a esta postura, herir o restringir derechos fundamentales, si el perjuicio producido al trabajador se encontrara frente a intereses empresariales lo suficientemente potentes para restringir el ejercicio de sus derechos fundamentales, con lo que la sensación de injusticia queda servida.

Desde una perspectiva armonizadora, por el contrario, habría que delimitar, en primer lugar, si dentro de los contornos jurídicamente protegibles del derecho de libertad de empresa del empleador existe la posibilidad de prohibir a un trabajador, sin más razón que la absoluta uniformidad, el uso de un accesorio con connotaciones evidentemente religiosas que no pone en peligro, ni perjudica el adecuado ejercicio de sus funciones laborales y que, aunque por una razón menos importante, en sentido estricto, en este caso concreto, no afecta la estética uniformidad de los trabajadores, al tratarse de una gorra pequeña sobre la cabeza, manteniéndose los elementos esenciales del uniforme: camisa, corbata, pantalón, color, logos, etc³⁵.

En este sentido, parece claro que no se trata de *ponderar* que derecho tiene un mayor peso específico respecto del otro, sino que el empleador, dadas las particulares circunstancias, no tenía facultad alguna para prohibirle al trabajador ejercer legítimamente su derecho a la libertad de religiosa portando como accesorio, junto con su uniforme, su *kipá* y por tanto no tenía derecho a proscribir su forma de manifestar su pertenencia a la religión judía.

La razón de ello estriba en qué, los derechos fundamentales de la persona no se pierden en el momento en que suscribe un contrato de trabajo y que, tanto el trabajador como el empleador deben ajustar el ejercicio de sus derechos fundamentales al contexto vital en que las relaciones laborales se desarrollan.

La empresa actual es pluricultural y el empresario se encuentra obligado, en la medida en que le resulte posible, a ajustar sus intereses empresariales con el fin de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus trabajadores. Por ello no existiendo razón alguna para prohibirle al trabajador a portar el *kipá*, tal prohibición, en este caso concreto, no formaba parte del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de empresa, sino que constituía un acto arbitrario, no amparable por derecho fundamental alguno.

Por otro lado, aunque la relación de los poderes públicos y los particulares con respecto a los

³⁵ Vid. Caso *The United States District Court, S.D. New York, Andrew Francis and Raymond Brown v. John Keane Superintendente del Correccional de Sing Sing* y otros, 888 F. Supp. 568 (7 de junio 1995).

ISSN 0719-7160

derechos fundamentales es distinta - pues los poderes públicos se encuentran vinculados a los mismos con lo cual tiene la obligación de promover, proteger y no entorpecer su ejercicio, mientras los particulares sólo se encuentran sujetos a estos, es decir, únicamente tiene respecto a los mismos un deber de respeto - lo cierto es que en este caso concreto, el carácter o no de entidad pública de la empleadora no es lo relevante para obligarle «*al cumplimiento efectivo de los valores constitucionales*». Pues, aunque, evidentemente, la relación de un servidor o funcionario público con la administración difiere de la relación laboral privada por ser una relación estatutaria regulada por Derecho administrativo, cuyas funciones son producto de un estatuto normativo o conjunto de derechos y obligaciones predeterminados por leyes y reglamentos que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente y no por contrato o convenio colectivo³⁶, lo cierto es que, en esencia, el deber de la administración de respetar los derechos fundamentales de sus empleados no deviene de su calidad de ente con potestad pública, sino del carácter prioritario de estos derechos que obligan tanto a públicos como a privados; sobre todo teniendo en cuenta que, más allá de las diferencias, en una relación funcional la administración se comporta frente a la persona que se dedica a las labores de servicio público, como empleador, y, el empleado público como un trabajador por cuenta ajena a cambio de una correspondiente retribución³⁷.

En este sentido, así como los trabajadores no pierden sus derechos fundamentales al ingresar en una relación laboral, los empleados públicos no dejan de ser titulares de derechos fundamentales al momento de ingresar a formar parte de una administración pública³⁸, y, por ello, aunque la administración en las relaciones con sus funcionarios o servidores «no se despoje por completo de su *ius imperium*»³⁹ no es el límite constitucional al poder reforzado de poder público lo que, en sentido estricto, le exige, en las relaciones con su personal, defender los derechos de sus empleados y permitirles su ejercicio, sino la dignidad humana que reclama la plena realización del ser humano en todo ámbito en que se desenvuelva y, en consecuencia, que exige a la administración, no entorpecer, y al empresario particular, facilitar, el ejercicio de los derechos fundamentales de trabajadores, se encuentren estos sujetos a un régimen estatutario o laboral, público o privado.

³⁶ SANTAMARÍA, J.A. *Principios de Derecho administrativo general*, Tomo I, Madrid: IUSTEL, 2009, 656.

³⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la función pública.*, Madrid: Tecnos, 2013, 18.

³⁸ *The United States District Court, S.D. New York, Andrew Francis and Raymond Brown v. John Keane Superintendente del Correccional de Sing Sing y otros*, 888 F. Supp. 568 (7 de junio 1995). Dos oficiales Afro americanos, seguidores de la Iglesia Rastafari, del Correccional de Sing Sing de New York se negaron, de acuerdo a sus creencias religiosas, a cumplir la orden de no utilizar su pelo rasta. El Tribunal norteamericano resuelve que «*con carácter general, el Gobierno no debe limitar sustancialmente el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de las personas (...). Colocando a los trabajadores en la posición de elegir entre seguir los preceptos de su religión y trabajar como oficiales de corrección, el Estado grava considerablemente su derecho a practicar libremente su religión*».

³⁹ MONTOYA, A. Las administraciones públicas como empresarios laborales. En LUELMO, M.A. (Dir.) *Relaciones laborales en las administraciones públicas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, 461.

1.2. CRUCIFIJO

Cuestión similar es resuelta por en la STEDH, de 15 de enero de 2013⁴⁰. Una trabajadora cristiana de British Airways llevaba una cruz como signo de compromiso con su fe, la empresa tenía como política la uniformidad de sus trabajadores regulando, incluso, el uso de accesorios femeninos señalando que *«Cualquier accesorio o prenda de vestir que el empleado, por motivos religiosos, esté obligado a llevar, debe en todo momento estar cubierto por el uniforme. Si no obstante, esto es imposible dada la naturaleza del objeto y la forma en que debe ser usado, entonces, se requerirá la aprobación, a través de la jefatura local en cuanto a la idoneidad del diseño para garantizar el cumplimiento de las normas del uniforme, a menos que dicha aprobación ya figure en la guía del uniforme. Nota: no se aceptarán objetos para ser usados con el uniforme. Se requerirá la retirada de cualquier objeto de joyería que no se ajuste a la normativa anterior»*.

En virtud de estas disposiciones la empresa le solicito a la trabajadora se quitara la cruz y la cadena o que la ocultara bajo su corbata. Ante su negativa, la trabajadora fue sancionada con suspensión de sus labores sin sueldo hasta el momento en que decidiera cumplir con su obligación contractual respecto al uso del uniforme. Posteriormente, la empresa ofreció a la trabajadora un trabajo administrativo, sin contacto con el público, que no requería el uso de uniforme, pero ella rechazó el ofrecimiento. Cabe señalar que la empresa dio autorización a los hombres *sij*s para llevar un turbante blanco o azul oscuro y mostrar la pulsera *sij* en verano. Las mujeres musulmanas del personal de tierra fueron autorizadas a llevar el velo en colores aprobados por British Airways.

Después de que aparecieran publicados una serie de artículos de prensa sobre el caso de la trabajadora, British Airways, anunció una revisión de su política de uniformes en relación al uso de símbolos religiosos visibles. Por lo que se decidió dar permiso a la trabajadora para que portara la cruz, retornando a su centro de trabajo, pero se negó a indemnizarle por los sueldos no percibidos durante el tiempo en que decidió no acudir al trabajo.

El TEDH, luego de reconocer que el derecho a la libertad religiosa no es sólo una cuestión de conciencia o pensamiento individual, sino que también comprende la libertad de toda persona de manifestar públicamente sus creencias religiosas, señala que tal exteriorización de la religiosidad, al tener un impacto en otras personas, debe ser regulada por ley y ser necesaria en una sociedad democrática para la consecución de uno o más objetivos.

Dicho esto entiende por manifestación religiosa cualquier acto que esté íntimamente relacionado con la fe o religión, es decir, que en su práctica se reconozca la existencia de un nexo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la creencia subyacente.

⁴⁰ STEDH, de 15 de enero de 2013, Caso *Eweida* contra el Reino Unido (TEDH 2013\12).

ISSN 0719-7160

Refiriéndose ya al caso concreto, el TEDH lo presenta como un conflicto entre el legítimo el derecho de la empresa a uniformar a sus trabajadores con el fin de comunicar a los clientes una cierta imagen corporativa y promover el reconocimiento de su marca y su personal; y, el derecho de la trabajadora de manifestar sus creencias religiosas.

Ahora, este Tribunal, reconoce el derecho a la libertad religiosa como un derecho fundamental cuya práctica supone que toda sociedad democrática sana, tolere y sostenga el pluralismo y la diversidad, reconociendo el valor que tiene para el individuo el comunicar su creencia con otros y, por ello, el peso de este derecho prima sobre el también legítimo derecho del empresario a conseguir cierta imagen corporativa. Además, continúa el Tribunal, la cruz de la trabajadora era discreta y no se deterioraba su aspecto profesional. No había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes y velos, por parte de otros empleados tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways. Además, el hecho de que la compañía fuera capaz de modificar el código de uniforme para permitir la utilización visible de joyería simbólica religiosa demuestra que la prohibición anterior no era de importancia crucial.

Por tanto, teniendo en cuenta estas premisas, el Tribunal resuelve afirmando que la negativa de British Airways a permitir que la trabajadora permaneciera en su puesto de trabajo mientras llevaba la cruz a la vista constituía una injerencia en su derecho a manifestar su religión al no existir ninguna prueba de invasión real de los intereses de terceros, por lo que los poderes públicos no cumplieron con proteger de manera suficiente el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora demandante.

Aunque la resolución final, como no podía ser de otro modo, ampara el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora de British Airways, esta sentencia, se resuelve en términos conflictivistas:

- Entiende que se produce una colisión entre el derecho del empleador a implantar unos ciertos criterios de uniformidad entre sus trabajadores para crear una imagen corporativa y el derecho de libertad religiosa de la trabajadora.
- Resuelve el conflicto aceptando como posible la restricción del derecho del empleador al otorgarle, frente al derecho a la libertad religiosa de la trabajadora, un «menor peso», pese a considerar este derecho como legítimo. El mayor peso específico del derecho a la libertad religiosa deviene de los necesarios intereses de pluralismo y diversidad que una sana sociedad democrática debe tolerar.

Tolerar, implica soportar las manifestaciones religiosas sólo por motivos de prudencia política, en cuanto sea necesario para conservar la paz evitando, de este modo, conflictos sociales. Sin embargo consideramos que el ejercicio efectivo de un derecho, como, el derecho a la libertad religiosa no puede ser simplemente tolerado, sino que exige un respeto por parte de los

poderes públicos y de los particulares que deviene del hecho mismo de que la religiosidad es una forma de expresión personalísima del ser humano que permite su plena realización en tanto mantiene y manifiesta su relación con Dios.

Ello supone que las razones que sostienen el ejercicio del derecho a la libertad religiosa no se asienten o fundamenten, en una causa externa, como, los intereses democráticos de pluralismo y diversidad -aunque estos puedan servir como un síntoma de la efectiva condición de fundamental de este derecho⁴¹- sino en la dignidad de la persona humana que reclama se le reconozca como ser capaz de expresar su religiosidad, con aquel que considera es su «ser supremo» y, por lo tanto, exige que se respete las diversas manifestaciones de sus creencias y su fe.

Dicho así, los empleadores deben procurar ajustar el ejercicio de sus derechos fundamentales, al derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa. Ello significa que el empleador deberá tener en cuenta, al momento de regular la uniformidad de sus trabajadores, la posible existencia de ciertas situaciones particulares de expresión de religiosidad permitiéndolas no como una liberalidad, ni como un acto tolerancia empresarial, sino como efectivo ejercicio de un derecho que deberá ser respetado por el empleador, salvo que el ejercicio de tal derecho pueda vulnerar, desincentivar o poner peligro otros derechos fundamentales de los propia trabajadores, o de los clientes o usuarios de los servicios que proporciona la empresa.

Por ello, dado que en este específico caso, al igual que en el anterior, no existía más razón que la mera uniformidad, para exigirle a la trabajadora no portar su crucifijo, tal acto de prohibición de la empresa constituía una actuación arbitraria del empleador que se encuentra fuera del ámbito jurídicamente protegido del derecho fundamental a la libertad de empresa. No existe, entonces, conflicto de derecho alguno, sino abuso o ejercicio ilegítimo del derecho de la empresa al reclamar una uniformidad que no permita la manifestación de la religiosidad cristiana, más aun teniendo en cuenta que sí había permitido otras manifestaciones religiosas de creencias distintas. Coincidimos entonces con lo resuelto por el TEDH pero por diferentes razones.

Cosa distinta es el caso de una trabajadora, también cristiana practicante, que prestaba servicios, desde 1989, en el *Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust*, un hospital estatal en la unidad geriátrica. El hospital tenía una política de uniformes basada en la guía del departamento de salud que disponía, para minimizar el riesgo de infección cruzada, reducir al mínimo el uso de joyería prohibiendo portar collares para reducir el riesgo de lesiones al manipular a los pacientes. Asimismo disponía que «*Cualquier miembro del personal que desee usar determinado tipo de ropa o joyas por razones religiosas o culturales deberá plantearlo*

⁴¹ OLLERO, A. La Constitución: entre el normativismo y la axiología. En Et. Al. *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. I, Madrid: Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado, 2008, 342.

ISSN 0719-7160

ante su superior jerárquico que no denegará su aprobación de manera injustificada».

La trabajadora portaba desde que hizo su confirmación una cruz alrededor del cuello. A partir de la modificación del uniforme de enfermería que incluía una bata con cuello V, el crucifijo se hizo visible para la empresa por lo que el superior de la trabajadora le pidió que se retirara el «collar». Como la cruz es un símbolo religioso la trabajadora solicitó autorización para usarlo pero este fue denegado debido a que la cadena y la cruz podían provocar lesiones si un paciente anciano tiraba de ella. La trabajadora, entonces, propuso llevar la cruz en una cadena asegurada con sujeción magnética que inmediatamente se soltaría si era agarrada por un paciente. Sin embargo, la autoridad sanitaria rechazó también esta posibilidad debido a que la cruz, aun así, supondría un riesgo para la salud y la seguridad si podía oscilar libremente; por ejemplo, podía entrar en contacto con heridas abiertas.

Por último, el hospital le propuso a la trabajadora asegurar la cruz y la cadena a su tarjeta de identidad que sujetaba en el bolsillo del uniforme o a través de un cordón. Sin embargo, también era necesario que se quitara la acreditación y el cordón cuando realizaba tareas clínicas delicadas y, por esta razón, la demandante también rechazó esta sugerencia. Por estos inconvenientes la trabajadora fue trasladada a un puesto de trabajo provisional de no enfermería que desapareció en julio de 2010.

Cabe señalar que a otra enfermera cristiana se le solicitó que se retirara la cruz y la cadena; así como dos enfermeras sijs se les pidió no utilizaran el brazaletes o *kirpan*.

El TEDH⁴² resuelve ponderando los derechos en cuestión: el derecho de la trabajadora a portar la cruz y el derecho de la empresa a solicitarle se retirara el crucifijo por razones de seguridad para la misma trabajadora, sus compañeros de trabajo y los pacientes. Colocados así en una balanza se considera de mayor peso o magnitud el segundo de los derechos por lo que la injerencia de la institución hospitalaria sobre el derecho de la trabajadora a manifestar su religión era necesaria en una sociedad democrática y por tanto no se consideran vulnerados ni el derecho a la libertad religiosa, ni el derecho a la no discriminación.

Como se puede observar nuevamente se recurre al conflicto de derechos para solucionar la controversia utilizando el método de la ponderación otorgándole mayor peso específico al derecho del hospital a prohibirle a la trabajadora utilizar el crucifijo porque las razones que justifican, la restricción del derecho a la libertad religiosa de la enfermera, son de mayor peso específico, por lo que la intromisión del empleador al ejercicio de su derecho resulta necesario en razón de los intereses por los que vela toda sociedad democrática.

⁴² STEDH, de 15 de enero de 2013, Caso *Chaplin* contra el Reino Unido (TEDH 2013\12).

Obviamente, como en el caso anterior coincidimos con el resultado, es decir, estamos de acuerdo, en esencia, con lo resuelto por el Tribunal. Sin embargo, desde una perspectiva armonizadora no sería necesario concebir como lícita la restricción de ningún derecho fundamental. Ello se debe a que, como ya hemos señalado, el derecho a la libertad religiosa, como cualquier otro derecho, tiene límites y su límite radica en el respeto a los derechos de los demás, de tal forma que este derecho debe ajustarse a las particularidades propias del contexto vital donde se desarrolla, en este caso, su contexto es el propio de una relación laboral de servicio público de sanidad por lo que el ejercicio de los derechos fundamentales, tanto de trabajadores como de empleadores, deberá modularse en razón del fin que tiene el ejercicio de su prestación de sanitaria en atención a brindar un servicio eficaz y eficiente a los pacientes, cuyos derechos fundamentales también están en juego (su derecho a la integridad física, salud, vida, etc.).

Por ello, los trabajadores de salud, atendiendo a este objetivo, no se encuentran legitimados a portar accesorios que pudieran causar algún perjuicio o lesión a la salud o integridad física de sus pacientes o que pudieran poner en riesgo su propia integridad o la de sus compañeros de trabajo, aun cuando estos accesorios sean manifestación de su religiosidad, porque llevarlos consigo, por los peligros que estos conllevan, significaría desconocer su coexistencia con otros y, por lo tanto, portarlos constituye un acto arbitrario o abusivo del derecho fundamental a la libertad religiosa, pues su uso se encontraría fuera de los contornos jurídicamente protegidos del ejercicio de este derecho, al constituir un potencial riesgo de vulneración de derechos fundamentales.

Ahora no deja de sorprendernos que la sentencia no entre en detalle con respecto al hecho de que la trabajadora fue trasladada a un puesto de trabajo provisional que desapareció en julio de 2010 por lo que se da por extinguido su contrato de trabajo después de 21 años de servicio y un historial laboral excepcional.

Aunque parece razonable que se la haya trasladado a realizar labores no de enfermería, no queda claro porqué se la colocó en un puesto provisional, dado el tiempo que llevaba trabajando en el hospital, ni las razones efectivas que dieron lugar a eliminar esa plaza. Evidentemente, dado que no se desarrolla el tema por el Tribunal Europeo, sólo caben especulaciones pero, *a priori*, las acciones de la empresa dejan la sensación de ser medidas de represalia contra la trabajadora, medidas que resultarían del todo desproporcionadas, pues aunque sus continuas negativas a acatar las órdenes de la empresa de no llevar el crucifijo por razones sanitarias, eran arbitrarias, tales actos de indisciplina de la trabajadora no legitimaban a la empresa a dar por terminada (de forma directa o indirecta) la relación laboral porque tal extinción no haría más que desincentivar al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de manifestar la propia religiosidad dentro de la empresa, por lo que la dimensión institucional del derecho a la libertad religiosa exigía que las medidas a tomar por el empleador no sean de tal entidad que conlleven a desalentar el ejercicio de este derecho.

Dicho esto, la forma en que se produjo el traslado a un puesto provisional y su término injustificado, en líneas generales, sí que podían haber constituido un acto discriminatorio por motivos religiosos y por ello el Tribunal debió detenerse en el tema y explicar el por qué tales actos de la empresa no resultan vulneradores del principio de igualdad, ni desincentivan el derecho a la libertad religiosa.

1.3 VELO

El velo islámico no es una mera expresión del derecho a la propia imagen de la mujer que opta por cubrir parte de su rostro. *«Es la expresión de la entrada en una comunidad de creyentes. Aun cuando no se lleve de manera ostentosa, es símbolo de una comunión en la fe. De ahí que su abandono pueda percibirse dolorosamente, como una restricción a la libertad religiosa»*⁴³.

Téngase en cuenta a este respecto, por ejemplo, el estudio «Valores, aptitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana » en donde se consulta a las mujeres musulmanas sobre la *polémica sobre el uso del velo en instituciones o lugares públicos, como por ejemplo colegios y oficinas*, de acuerdo a esta investigación, aunque el 89% de las mujeres considera que el uso de velo islámico no debe ser impuesto, el 57% de las mismas vinculan esta prenda a una cuestión religiosa, cuyo uso en un 85% no debería prohibirse en ningún caso, no encontrando, además, en un 82% ninguna relación entre el velo y la discriminación de la mujer. Con lo que puede deducirse que para la mayoría de las mujeres islámicas el uso del velo es una opción personal considerada como una manifestación voluntaria de su religiosidad sin ninguna connotación discriminatoria⁴⁴.

En este sentido, *a priori*, el uso del velo no debe entenderse, desde parámetros modernos u occidentales, como una manifestación machista, sino como una expresión religiosa que debe, en principio, respetarse⁴⁵. Pensar lo contrario significaría soslayar la dimensión externa de religiosidad de aquellas mujeres cuyas creencias les dictan como precepto y deber moral llevar tales atuendos⁴⁶.

Por ello, en principio, salvo el caso en que la imagen del rostro de la trabajadora resulte objeto del contrato de trabajo (modelo profesional), sea necesaria para la atención al público (personal de seguridad privada donde mostrar el rostro da cierta confianza a quienes puedan

⁴³ GIL, J.L. Poder directivo y apariencia externa del trabajador. *Relaciones Laborales*, 2005, 19, La Ley 4757/2005.

⁴⁴ Vid. METROSCOPIA. Valores, aptitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana. Madrid: Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, 22.

⁴⁵ Vid. MOTILLA, A. El problema del velo islámico en Europa y España. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2004, 20, 87-129.

⁴⁶ La Conferencia mundial de Beijing de 1995 defiende lo contrario. Al respecto: Vid. VEGA, A.M. El derecho a la libertad religiosa en los trabajos preparatorios de la IV Conferencia mundial de la mujer. En *Et. al. La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso internacional de Derecho canónico*. México D.F: UNAM, 1996, 858 y 862.

encontrarse sujetos a registros de su persona), o se pongan en peligro o riesgo la seguridad de la trabajadora y la de sus compañeros de trabajo (en empresas donde se prohíbe el ingreso a determinadas áreas con telas o prendas colgante por el peligro de que estas sean absorbidas por alguna máquina arrastrando, con ello, al trabajador que las porte) el velo o chador no constituyen obstáculo directo para la correcta ejecución del trabajo y, por lo tanto, el empleador, en cumplimiento de su obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores debe permitirle, a la trabajadora, manifestar mediante esta prenda su convicción religiosa.

En este sentido, el uso del velo o pañuelo islámico en el ámbito de las relaciones laborales dependerá de las características y condiciones propias del contrato de trabajo. Así, si su uso no perturba el ejercicio de su prestación, el portar este tipo de vestimenta constituye ejercicio legítimo de la trabajadora a su derecho a la libertad religiosa. No nos encontramos, entonces, ante a una cuestión de mera tolerancia del empresario, sino frente al respeto del ejercicio de un derecho legítimo. En consecuencia, cualquier decisión, en estas circunstancias, que implique la restricción del uso de estas prendas constituiría una decisión arbitraria e injustificada por parte del empresario que vulneraría su derecho a la libertad religiosa de la trabajadora, y su despido por ese motivo debería ser declarado nulo en sede judicial⁴⁷.

Ahora esta afirmación debe ser matizada atendiendo siempre a las particulares circunstancias de cada caso. Por ejemplo, si la trabajadora creyente de la religión musulmana al momento de formalizar el contrato sabía que el ejercicio de su prestación podía verse entorpecido o perturbado por el hecho de llevar el velo o pañuelo islámico, su adhesión voluntaria al contrato, supone una actuación contraria contra el principio de buena fe laboral, por lo que ya no podría invocar su derecho a la libertad religiosa o negarse a cumplir las obligaciones laborales que ha aceptado voluntariamente⁴⁸, salvo que sea evidentemente posible que la empresa pueda armonizar o acomodar su organización productiva con las creencias religiosas de la trabajadora⁴⁹.

En este caso no es que la trabajadora no haya incumplido sus deberes para con la empresa, sino que en orden a no desincentivar el ejercicio de sus derechos a la no discriminación o a la libertad religiosa, su silencio respecto a que iba a portar el pañuelo o el velo islámico debe ser protegido. El empleador, entonces, se encontrará obligado a buscar los medios para permitir que la trabajadora siga prestando servicios dentro de la empresa, si ello no resultara posible, por una imposibilidad de hecho o por la naturaleza misma de la prestación, entonces el despido

⁴⁷. Vid. MOTILLA, A. *Los musulmanes en España. La libertad religiosa e identidad cultural*. Madrid: Trotta, 2004, 131.

⁴⁸ Vid, PÉREZ ÁLVAREZ, S. Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y cultural?, *Foro Nueva Época*, 2011, 13, 182.

⁴⁹ Vid. CASTRO, A. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de EU*, Madrid: Universidad Complutense, 2005, 94.

ISSN 0719-7160

de la trabajadora será justificado.

En este orden de ideas, no compartimos lo resuelto por el TEDH en el caso *Dahlab* contra Suiza⁵⁰. Los hechos son los siguientes: una profesora de una escuela primaria de Ginebra de nacionalidad Suiza contratada desde 1990 abandona la religión católica y se convierte al Islam en marzo de 1991 contrayendo matrimonio, en ese mismo año, con un nacional de Argelia. La trabajadora empieza a vestir el pañuelo islámico en clase a finales del curso 1990 -1991.

Hasta 1995 el inspector de la escuela no informa al Director General de Educación primaria que la trabajadora viste regularmente el pañuelo en la escuela, además, nunca había recibido comentarios de los padres sobre el asunto, e, incluso, algunos de los alumnos y padres visten las mismas prendas.

En junio de 1996 se mantuvo un encuentro entre la profesora demandante, el Director General de Educación primaria y el Jefe del Departamento del profesorado donde se le solicita a la trabajadora que se abstenga de vestir el pañuelo mientras cumple con sus deberes como profesora, motivo por el cual la profesora apela la decisión al Gobierno cantonal de Ginebra que desestima la solicitud fundamentando lo siguiente: 1. Los profesores deben respaldar tanto los objetivos del sistema educativo estatal como las obligaciones que incumben a las autoridades educativas incluyendo la estricta obligación de neutralidad; 2. La vestimenta, dejando a un lado la intención de la trabajadora, comunica un mensaje religioso en un modo que, en su caso, es suficientemente fuerte para extenderse más allá de la esfera puramente personal y tener repercusiones para la institución que ella representa, a saber en el sistema educativo estatal.

El Tribunal Federal mantiene la decisión del Gobierno cantonal de Ginebra al afirma que la decisión impugnada está completamente de acuerdo con el principio de neutralidad que busca proteger las creencias religiosas de los padres y alumnos y asegurar la armonía religiosa, pues la escuela puede convertirse en peligroso lugar de conflictos religiosos si se permite a los profesores manifestar sus creencias religiosas a través de su conducta, en especial su vestimenta. Por ello existe un interés público para prohibir a la trabajadora vestir el pañuelo islámico.

La cuestión se plantea como un conflicto entre el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora y la neutralidad de la escuela y el interés de los alumnos y sus padres de no ser influidos u ofendidos en sus propias creencias y en lo que concierne al mantenimiento de la armonía religiosa en la escuela.

⁵⁰ STEDH, de 15 de febrero de 2001, Caso *Dahlab* contra Suiza, N° 42393/1998, TEDH 2001-V.

La neutralidad estatal, entonces, se entiende como «*la obligación del estado por permanecer neutral lo que quiere decir que en toda relación oficial tiene que abstenerse de realizar cualquier consideración religiosa que ponga en peligro la libertad de los ciudadanos en una sociedad pluralista. Este principio tiene particular importancia en el ámbito de la escuela porque la educación es obligatoria para todos sin distinción entre diferentes creencias. La influencia en los menores es decisiva*». Por ello, aunque puede estar permitido a los profesores llevar discretos signos religiosos a la escuela, se podría poner en peligro la armonía religiosa si se permitiera a la trabajadora demandante llevar un pañuelo ya que ello probablemente provocaría reacciones o conflictos que deben ser evitados. Así, la restricción de la libertad religiosa, según el Tribunal Federal, está justificada, pues tal límite se realiza en favor de la preservación de un bien superior, como sería la armonía que debe presidir la escuela.

La trabajadora recurre al TEDH alegando la vulneración de su derecho a la libertad religiosa y del derecho a la no discriminación. En lo que respecta al derecho a la libertad religiosa el TEDH otorga razón al Tribunal Federal y señala que aunque es difícil valorar el impacto que pueda tener en los niños un poderoso símbolo externo como el pañuelo islámico, lo cierto es que la ponderación de los dos bienes en conflicto da como resultado que la decisión de prohibir a la docente llevar el pañuelo mientras enseña es necesaria en una sociedad democrática⁵¹.

Asimismo, en lo que respecta a la vulneración del principio de no discriminación afirma que la medida que se ha tomado no va dirigida a la trabajadora como mujer, sino para perseguir un objetivo legítimo de asegurar la neutralidad del sistema de educación primaria del Estado. Tal medida, continúa el Tribunal Europeo, también puede ser aplicada a un hombre que, en similares circunstancias, vistiera ropas que claramente le identificaran como miembro de una fe.

Como puede observarse esta sentencia trata el problema del velo islámico como un conflicto entre un derecho fundamental, el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora; el interés de los alumnos y sus padres de no ser influidos u ofendidos en sus propias creencias; y, el respeto al principio de neutralidad Estatal en lo que concierne al mantenimiento de la armonía religiosa en una escuela pública que debe evitar cualquier manifestación que suponga una alteración de esta armonía.

El problema de la sentencia es el enfoque con el que entienden la neutralidad estatal los Tribunales, tanto el Federal, como el Europeo. Para ambos, la neutralidad en materia religiosa de la administración educativa supone desconocer cualquier manifestación pública de religiosidad y que tales expresiones suponen, *per se*, una ofensa a las creencias de otros o a su decisión por mantenerse ajenos ante cualquier influencia religiosa. Por el contrario, una visión

⁵¹ CAÑAMARES, S. Símbolos religiosos en un estado democrático y plural. *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010, 10, 16.

ISSN 0719-7160

armonizadora, entiende, en primer lugar, que la neutralidad del estado, no supone la negación del hecho religioso y de la religiosidad de los ciudadanos, sino por el contrario que las manifestaciones de su fe, como puede serlo, el llevar un velo o pañuelo islámico, constituyen, el ejercicio legítimo de un derecho que las demás personas deben respetar.

La escuela pública debería convertirse en ejemplo de la pluridiversidad tanto de profesores, como de alumnos, en donde las diversas manifestaciones culturales y religiosas puedan convivir respetando sus costumbres y aceptando sus diferencias⁵². La concepción de un centro educativo en donde el personal docente no pueda expresar su religiosidad, a través de manifestaciones que de forma alguna suponen un adoctrinamiento o una intromisión en la propia religiosidad de los niños, al ser simplemente una manifestación pasiva de pertenencia a una religión y que únicamente indica la decisión personal por una determinada creencia, no puede ser considerada como un indicador amenazante de la paz o armonía dentro de los centros de educación pública⁵³. Por el contrario, una actitud de respeto con respecto a esta simbología por parte del centro, debe ser ejemplo para los alumnos de cómo debe respetarse el factor religioso dentro de una comunidad multicultural.

En este orden de ideas, una sociedad efectivamente democrática, social y plural debe aceptar la diferencia, promover, respetar y garantizar el ejercicio de aquellos derechos que ponen en marcha el efectivo desarrollo de aquellas manifestaciones distintas, garantizando de esta forma la igualdad material⁵⁴. Así, el uso de símbolos religiosos, en el ámbito educativo, por ejemplo, no es en sí mismo contrario a la neutralidad que es garantía de diferencia, pues supone, el ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa. Así ni los padres de los alumnos, ni los poderes públicos pueden restringir o mermar el derecho de la profesora demandante, a portar el pañuelo islámico dentro del centro de enseñanza pública, más aún cuando esta no es más que una expresión personalísima de una decisión personal de pertenencia a una religión y en modo alguno supone una directa intromisión a la religiosidad de otros o a su decisión de mantenerse alejados de cualquier influencia religiosa, ni supone un ataque a otros derechos fundamentales o a los valores democráticos, fomentando, por ejemplo, la violencia, la discriminación o la infravaloración de otros seres humanos⁵⁵.

Pensar lo contrario supone aceptar o justificar una restricción a un derecho fundamental asentados en una arbitrariedad de los poderes públicos, pues en este específico caso, la

⁵² MARTÍNEZ, J. La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Derecho y Religión*, 2009, 4, 94.

⁵³ Vid. *United States Court of Appeals District, Court for de Western District Pennsylvania. Brenda Nichol v. Arin Intermediate Unit 28*, 268 F.Supp. 2d 536 (25 de junio de 2003).

⁵⁴ CASTRO, A. Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos. *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*. 2003 -2005, *passim*.

⁵⁵ Vid. CASTRO, A. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de EU*, Madrid: Universidad Complutense, 2005, 35.

trabajadora se limitó, como ya dijimos, a manifestar su propia religiosidad, sin perturbar de forma alguna la paz o la tranquilidad del colegio. El acto de portar tal prenda no supone trasgredir los derechos de padres en la educación religiosa de los hijos, pues no parece en absoluto razonable pensar que por el sólo hecho de llevar un pañuelo, los alumnos se verán influenciados, en tal medida, que dejarán de proferir la fe de sus padres y pasarán a formar parte de una religión de la que ni siquiera conocen sus preceptos básicos, pues la profesora demandante, en ningún momento, dedicó parte de su actividad docente a adoctrinar, intervenir o influir en la religiosidad de sus estudiantes. Por ello, la idea de que llevar un pañuelo supone, en sí mismo, una trasgresión a la paz y armonía del colegio resulta irrazonable y, por tanto, la decisión de prohibirle a la profesora utilizarlo durante sus labores de enseñanza, es desproporcionada⁵⁶.

Con lo que respecta a los argumentos que sostiene el TEDH en torno a la inexistencia de discriminación consideramos que, nuevamente, enfoque con que se delimita este derecho no corresponde a la realidad o circunstancias que se analizan resolviéndose el problema en abstracto, pues se parte de la idea de que la discriminación sólo se produce en razón de sexo, de ahí que se afirme que no existe un trato discriminatorio porque la prohibición de utilizar el pañuelo no va dirigida a ella por ser mujer, en tanto tal medida puede ser también aplicada a un hombre en similares circunstancias, olvidando que la protección del derecho a la no discriminación tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio que la proscripción a las diferencias que puedan surgir entre los sexos, una persona también puede ser discriminada, independientemente de su condición de hombre o mujer, por su religión, raza, o forma de pensamiento, y ello es lo que sucede con esta trabajadora a quien, prohibiéndole manifestar su religión a través de un elemento pasivo como lo es el pañuelo se le trata de forma discriminatoria respecto a otros profesores a quienes sí se les permite llevar consigo símbolos de su propia religiosidad.

Podría cuestionarse que a los otros docentes se les permite llevar consigo ciertos símbolos religiosos, siempre y cuando, sean discretos, mientras que el pañuelo que porta la profesora en cuestión es un elemento notorio y reconocible fácilmente por los alumnos, padres de familia y el resto del personal docente. Sin embargo, este cuestionamiento tiene sus raíces en la negación absoluta de toda manifestación religiosa como contenido del principio de neutralidad del Estado frente al fenómeno religioso, teoría que, como ya hemos visto, contradice el ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa.

Por ello consideramos que, tanto docentes como alumnos se encuentran plenamente legitimados a portar símbolos religiosos pasivos, en los centros de enseñanza pública, como, por ejemplo, un crucifijo, un kipá, un pañuelo o velo islámico que, simplemente, son demostración de la pertenencia a una religión específica, pero que no interfieren en la

⁵⁶ MARTÍNEZ, J. La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Derecho y Religión*, 2009, 4, 94.

ISSN 0719-7160

religiosidad de otros, ni transmiten mensaje adoctrinador alguno, pues este símbolo no es un elemento lo suficientemente convincente para afirmar que existe una intromisión ilegítima o arbitraria en la religiosidad de otros y para catalogarlo como un objeto que ponga en peligro la paz y tranquilidad del colegio, como efectivamente surge de los hechos, pues queda muy claro que ni los alumnos, ni los padres de familia manifestaron malestar alguno porque la profesora portara tales indumentarias, más aún cuando también habían padres y estudiantes que profesaban la misma religión y que en consecuencia, también, vestían dicha prenda⁵⁷.

Teniendo en cuenta esto último, la prohibición a la profesora de llevar pañuelo islámico constituye también un desincentivo al libre desarrollo de la personalidad de las estudiantes musulmanas, pues cabe preguntarse ¿Qué posibilidades existen para que una alumna que profesa esa religión se dedique, luego de terminados sus estudios y por mucha vocación que tenga, a la enseñanza pública si no se le permite manifestar pasivamente su religiosidad a través de un atuendo cuyo uso resulta para ella un precepto moral? El remedio, al parecer, es más grave que la enfermedad, porque tal actividad del Estado, en contra de este tipo de manifestaciones religiosas, no fomenta una sana neutralidad, sino que condenan a las mujeres pertenecientes a religiones minoritarias al ostracismo y a la exclusión social.

El transcurrir del tiempo, sin embargo, ha demostrado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha modificado, en líneas generales, sus afirmaciones sobre el uso del velo islámico por parte de los funcionarios y servidores públicos. Así, en la sentencia de 26 de noviembre de 2015 (Asunto Ebrahimian c. France)⁵⁸ - referida a una trabajadora cuyo contrato en un hospital público no fue renovado por no aceptar el dejar de portar su velo islámico - este alto Tribunal resuelve de forma del todo abstracta y basando únicamente sus argumentos en el hecho de que al tratarse de una función pública la eliminación de cualquier tipo de manifestación religiosa garantiza el respeto de todas las demás creencias de los pacientes con los que trabajaba la recurrente y también de todos los usuarios del servicio público hospitalario.

En el caso, la referida trabajadora no incurrió en ningún incidente durante el ejercicio de su actividad, no alteró el orden público, ni efectuó ningún tipo de proselitismo entre sus compañeros o las personas a las que cuidaba durante su trabajo; tampoco, existía alguna disposición normativa que regulara o prohibiera el uso del velo en las instituciones hospitalarias, y, al parecer, porque no se dice nada con respecto de las funciones a desempeñar, no existía ningún riesgo a la salud o cuidado de los pacientes por el hecho de que la trabajadora utilizara el velo.

Obviamente, el Tribunal en este supuesto, ha hecho uso de una ponderación del todo alejada

⁵⁷ Vid. LLAMAZARES, D. *Derecho de la Libertad de conciencia*. Tomo II. Madrid: Thomson Civitas, 2003, 114 -115.

⁵⁸ STEDH, de 26 de noviembre de 2015 (asunto núm. 68486/11).

de las concretas circunstancias del caso, dando una solución restrictiva y jerarquizada, en donde el derecho a la libertad religiosa queda mermado y relegado, en razón de un interés general asentado en un ideal político reconociendo que Francia ha adoptado por una determinada opción de política legislativa para conciliar un adecuado equilibrio entre intereses públicos y privados en el ámbito religioso, que pasa por la estricta aplicación del principio de neutralidad religiosa para los empleados públicos. El principio de laicidad-neutralidad y al interés del Estado prima, de acuerdo a esta postura, sobre la expresión de las creencias religiosas, lo que a todas luces supone desconocer el derecho a la libertad religiosa de los individuos, y, por ello, esta decisión, desde nuestro modesto entender es del todo injusta e inadecuada para el logro de la integración y de la pluridiversidad que supone el respeto de las creencias religiosas y de sus manifestaciones.

Sin embargo, cabe aclarar que en una aún más reciente sentencia, de 2 de febrero de 2016 (Caso Sodán contra Turquía), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁹, introduce un matiz, al indicar que las creencias religiosas de los familiares de los servidores o funcionarios del Estado no deben afectar las relaciones entre los trabajadores y su empleador público. En este caso se trataba del adjunto al prefecto (gobernador) de Ankara – Turquía que fue trasladado a otro puesto de trabajo de la Administración central que implicaba tareas de representación de menor importancia, porque su esposa portaba el velo islámico.

El Alto Tribunal señala que dado que no existen razones objetivas que hagan suponer que el traslado del trabajador se originó por causas distintas al hecho de que su esposa portaba el velo islámico, se ha producido es “una sanción oculta” al trabajador por las creencias religiosas de su esposa, inmiscuyéndose de forma contraria en el derecho en la vida privada del afectado y vulnerándose el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

2. DESCANSO RELIGIOSO

En general en España, el descanso laboral semanal corresponde al día domingo. Ello obedece a una tradición religiosa, basada en la cristiandad. Sin embargo, no puede decirse ahora que su permanencia en el tiempo siga teniendo ese origen, por el contrario, actualmente se ha convertido en una institución secular laboral generalizada⁶⁰ que se extiende a la mayoría de actividades públicas y privadas, de tal forma que es común que los centros de trabajo hagan coincidir su jornada y su tiempo de descanso con ese día de la semana para el mejor cumplimiento de sus objetivos laborales⁶¹.

Ello, sin embargo, genera problemas para aquellas personas que profesan una religión cuyo día de descanso no coincide con el domingo, pues aunque la actualidad existan una serie de

⁵⁹ STEDH, de 2 de febrero de 2016 (asunto núm. 18650/05)

⁶⁰ Vid. Art. 37.1 del ET.

⁶¹ Vid. OLLERO, A. *España: ¿Un estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Pamplona: Civitas, 102.

ISSN 0719-7160

acuerdo con las diferentes confesiones religiosas al respecto⁶², sigue resultando bastante difícil encontrar soluciones a los casos concretos.

Habría, en principio, que hacer una distinción importante entre aquellos que teniendo ya una relación laboral cambia de religión durante el desarrollo de la prestación y aquellos que optando a un puesto de trabajo omiten o no comunican a su futuro empleador, antes de la contratación, su imposibilidad de trabajar un día laboral, generalmente, el sábado u otras incompatibilidades que el ejercicio de su religión pueda ocasionar con respecto a su prestación.

El primer caso fue analizado por la STC 19/1985, de 13 de febrero⁶³. Se trataba de una mujer, conversa a la Iglesia adventista del séptimo día. De acuerdo a la doctrina de su iglesia sus miembros deben descansar desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Ello entró en contradicción con las obligaciones laborales que la trabajadora voluntariamente había aceptado y que sin inconveniente alguno había cumplido hasta la fecha, pues su empleadora, Industrias Dik S.A., disponía como día de descanso, los días domingos, lo que suponía un impedimento para el ejercicio de su nueva religión.

La trabajadora propone a la empresa varias alternativas para dar solución a los problemas ocasionados por su conversión, como, por ejemplo, cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario. Sin embargo, la empresa se negó a aceptar todas las propuestas formuladas por la trabajadora, por lo que esta optó por abandonar su puesto de trabajo motivo por el cual fue despedida.

La trabajadora interpone, entonces, un recurso de amparo ante el TC alegando que se había vulnerado el derecho a la libertad religiosa que posibilita el cambio de confesión religiosa y que protege el culto y la práctica de la religión elegida.

El TC resuelve el caso a favor del empresario centrado sus argumentos exclusivamente en el hecho de que, actualmente, el domingo tiene la consideración de día festivo secular, sin especiales connotaciones religiosas⁶⁴ y que adquiridas ciertas obligaciones contractuales, como, en este caso específico, el deber de trabajar incluido los días sábados, los derechos fundamentales, «no pueden ser utilizados por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas»⁶⁵.

Así, el TC desestima la pretensión de la trabajadora atendiendo a razones de seguridad

⁶² Vid. Art. 12 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre y el mismo artículo de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre.

⁶³ STC 19/1985, de 13 de febrero (RTC 1985\19).

⁶⁴ Vid. MARTÍNEZ, J. Una metamorfosis incompleta. La evolución del Derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional, *Persona y Derecho*, 2001, 45, 254.

⁶⁵ Vid. ALONSO OLEA, M. Dos cuestiones constitucionales sobre despido: la conversación grabada al periodista y la empleada conversa a la iglesia adventista, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1985, 62, 183-186.

jurídica⁶⁶ porque considera que, acceder a la misma, distorsionaría gravemente la relación laboral que mantenía con la empresa, Industrias Dyk, al modificar sustancialmente sus obligaciones laborales alterando lo pactado en el contrato⁶⁷, más aún cuando, el descanso dominical, no vulnera el ordenamiento jurídico, al constituir una mera tradición cultural e histórica, una regla general, ya consolidada en las contrataciones de trabajo, en tanto facilita el mejor cumplimiento de los objetivos tanto productivos como de reposo de la prestación laboral.

Esta sentencia se limita a dar solución a la controversia desde una perspectiva meramente contractual⁶⁸, basándose en una supuesta prevalencia del derecho a la libertad de empresa sobre el derecho a la libertad religiosa o de culto, relegando su ejercicio⁶⁹ y perdiendo, así, una valiosa oportunidad de delimitar el contenido y contorno del derecho a la libertad religiosa, en el caso concreto⁷⁰.

En este sentido, el problema de esta sentencia es no reconocer derecho alguno al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales⁷¹. Hay incluso quien afirma que: el que el empleador acceda a la solicitud de un empleado a cambiar sus condiciones de trabajo por sus nuevas prácticas religiosas, más que un derecho del trabajador, se trata de una «*potestad atribuida al empresario de poder o no otorgar dicho privilegio o dispensa*»⁷².

Esta forma de solucionar la controversia nos parece inadecuada. En principio, porque existe un real y efectivo derecho del trabajador a la libertad de religión y a todas las facultades específicas que ella implica, es decir, el derecho de adherirse o cambiar libre y voluntariamente de confesión religiosa y a vivir de acuerdo a los preceptos y sistema de valores que esta profese.

Ahora si existe este derecho y, al mismo tiempo, el empleador tiene también, en ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, derecho a organizar sus actividades productivas ¿Por qué no hay conflicto?

⁶⁶ RODRÍGUEZ, I.A. La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español. *Direitos Fundamentais Er Justiça*, 2011, 15, 280.

⁶⁷ Vid. CEDH que inadmite una reclamación similar (*Konttinen vs. Finlandia* demanda 24949/1994, Resolución de la Comisión de 3 de diciembre de 1996). Posición similar: Resolución de la Comisión de 9 de abril de 1997 (*Stedman vs. Reino Unido* demanda 29107/1995).

⁶⁸ Vid. BASTERRA, D. *El derecho a la libertad religiosa y a su tutela jurídica*. Madrid: Civitas, 1989, 431.

⁶⁹ Vid. SAN MILLÁN, I. Contrato de trabajo y descanso religioso semanal. En MARTÍNEZ, J. *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico, Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Granada: Comares, 2009, 829.

⁷⁰ Posición similar: Vid. BASTERRA *El derecho a la libertad religiosa y a su tutela jurídica*. Madrid: Civitas, 1989, 431.

⁷¹ BENASULY, A. (2004) p. 373.

⁷² CONTRERAS, J.M. Asistencia religiosa, alimentos y festividades en los acuerdos de cooperación de 1992. En GONZÁLEZ, J.J. (Ed.), *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991, 193-194.

ISSN 0719-7160

Ya dijimos que el ajuste o armonización de los derechos fundamentales depende del contexto vital en donde tales derechos se desarrollen. Ello supone que quien pretende ejercer un derecho fundamental deberá tener en cuenta la dimensión social del ser humano que exige actuar según las particularidades propias de relaciones de coexistencia, en donde tales derechos se desenvuelven. Esta forma de entender los derechos es aplicable tanto para el empleador, como para el trabajador y de ella se desprenden una serie de obligaciones de carácter jurídico que las partes deberán respetar para lograr compatibilizar, en la medida de lo posible, el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Así, en casos como este, el empleador se encuentra obligado a analizar con detenimiento la solicitud del trabajador que petitiona se le otorgue descanso sabático por motivos religiosos, lo que significa que deberá procurar conseguir un equilibrio entre sus legítimos intereses y los intereses del trabajador examinando la posibilidad de conciliar la solicitud de la trabajadora con las exigencias propias del proceso productivo, estudiando, por ejemplo, la restructuración del funcionamiento u organización laboral de la empresa, facilitada, en este caso, por las alternativas que la propia trabajadora proponía, con el fin de determinar las posibilidades fácticas de aceptar su pedido⁷³.

El empresario tiene, por lo tanto, el deber de buscar una adaptación entre su propia organización y las convicciones religiosas del trabajador converso⁷⁴ y de resultar posible, el empleador deberá acceder a lo solicitado⁷⁵. En este sentido, si la empresa concluye que existen medios razonables para la modificación de las condiciones laborales acomodadas a la convivencia armoniosa entre trabajador y empleador, tal modificación no constituye, una liberalidad del empresario, sino de una verdadera obligación jurídicamente exigible⁷⁶ por el trabajador contenida en su derecho a la libertad religiosa⁷⁷.

Ahora, si realizado el esfuerzo por ajustar la relación jurídica laboral para permitir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa esto no es posible, no es que se restrinja el derecho a la libertad religiosa en favor del derecho a la libertad de empresa, sino que existe una imposibilidad fáctica objetiva de que el trabajador ejercite tal derecho⁷⁸ por resultar demasiado gravoso o perjudicial para la empresa, y por lo tanto ella no se encontrará obligada

⁷³ Vid. Art. 6 del Convenio 106 de la OIT, sobre descanso semanal, ratificado por España el 5 de mayo de 1971.

⁷⁴ Vid. MARTÍNEZ, J. Una metamorfosis incompleta. La evolución del Derecho español hacia la libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional, *Persona y Derecho*, 2001, 45, 254.

⁷⁵ Vid. SAN MILLÁN, I. Contrato de trabajo y descanso religioso semanal. En MARTÍNEZ, J. *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico, Granada, 13-16 de mayo de 1997*, Granada: Comares, 2009, 832.

⁷⁶ CASTILLO, L. *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 127.

⁷⁷ Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M.F. *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, 220-222.

⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 134.

a realizar tal acomodación⁷⁹.

Así, por ejemplo, en el Caso *Protos* contra *Volkswagen America*: una trabajadora miembro de la *Worldwide Church of God* solicitó a la empresa *Volkswagen America* donde laboraba que, tras el aumento del horario semanal que incluía los sábados, sea excusada de trabajar dichos días, pues, de acuerdo a sus creencias religiosas, el día sábado es un día de descanso e incluso su inobservancia podía acarrearle la excomuniación. La empresa informada del asunto no intenta mayor acomodación que transferir a la trabajadora en un puesto en que no tiene que trabajar los días sábados pero tal transferencia suponía trasgredir el sistema de antigüedad establecido por el convenio colectivo de la empresa, por lo que ello es rechazado por el sindicato.

Sin embargo, la empresa contaba con un equipo regular de sustitución de personal ausente y la trabajadora logró probar que sus tareas podían ser realizadas sin inconveniente por cualquier miembro de ese equipo y, por tanto, se debió tener en cuenta esta posibilidad, como medio de acomodación razonable, pues este no supone un gasto adicional para la empresa, en la medida que estando la trabajadora presente o no, el equipo de sustitución es parte de la plantilla y está destinado a realizar los trabajos de los empleados ausentes.

En consecuencia, la empresa no tenía imposibilidad fáctica alguna para negarle a la trabajadora lo solicitado y por lo tanto debió permitir el acomodo entre el derecho a la libertad religiosa de la trabajadora y sus actividades laborales dentro de la empresa.

Por ello resultará, también, una obligación de la empresa, fundamentar al trabajador el porqué de su negativa con el fin de que este tenga conocimiento de las razones del misma y de la sincera intención del empresario de adecuar sus intereses productivos, al precepto religioso que le impide trabajar los sábados. Además, el empresario podrá demostrar con ello, su buena fe en lograr tal ajuste que, pese a sus esfuerzos, resultó imposible.

Si el empresario cumple estas dos obligaciones - la de buscar un acomodo razonable entre sus intereses empresariales y las convicciones religiosas del trabajador y la de comunicar y fundamentar al trabajador las razones de su negativa - y pese a ello, el trabajador abandona su puesto de trabajo en día sábado «*dicha acción no constituiría un ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa y, por ende, las medidas disciplinarias que adoptara el empresario no vulnerarían ningún derecho fundamental*»⁸⁰.

En el caso materia de análisis parece claro que el empresario no realizó ningún esfuerzo por compatibilizar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de la trabajadora, ni mucho menos

⁷⁹ Vid. *United States Court of Appeals, Third Circuit, Angeline S. PROTOS v. Volkswagen of America, INC.*, 797 F.2d 129 (29 de julio de 1986).

⁸⁰ MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 134.

ISSN 0719-7160

le informó los motivos de su negativa a su solicitud de no trabajar los días sábados en cumplimiento de sus convicciones religiosas y las razones del porqué sus alternativas no resultaban viables. Esta actuación del empresario resulta, a todas luces, arbitraria y, en consecuencia, vulneradora del derecho fundamental que la trabajadora alega, por lo que, contrariamente a lo resuelto por el TC, consideramos que debió concederse el amparo solicitado.

Con respecto a si es trabajador debe o no informar antes de la contratación, su imposibilidad de trabajar un día laboral u otras incompatibilidades que el ejercicio de su religión pueda ocasionar con respecto a su prestación, en principio habría que decir que el proceso de acceso a un puesto de trabajo también lleva consigo obligaciones por parte del futuro empleador quien estará obligado a informar a los postulantes de forma clara y específica las labores a realizar dentro de la empresa, los tiempos y horarios que tal trabajo conlleva, la magnitud del negocio (si se trata de una pequeña, mediana o gran empresa) si las labores a realizar dependerán única y exclusivamente del trabajador o este realizará conjuntamente con otros compañeros de trabajo.

Obviamente, muchas de estas obligaciones vendrán matizadas por las circunstancias, por ejemplo, si el empresario cita al trabajador en su pequeño negocio y le indica que va a trabajar allí obviamente no tiene específicamente que decirle que la empresa es pequeña, de igual forma si la entrevista es para una empresa multinacional como *McDonald's* tampoco será necesario que el empleador le indique la magnitud del negocio, aunque puede que resulte necesario le informe sobre las otras cuestiones antes referidas. Ahora, dadas las nuevas formas de contratación, por ejemplo, a través de internet y el hecho de que evidentemente resulta imposible conocer las características de todas las empresas del mercado, resulta necesario que se especifiquen tanto las futuras tareas a desarrollar, como la envergadura de la empresa en la que se postula, la forma en que se llevaran las tareas y si se tratará de actividades de mutua colaboración o en solitario.

Ello permitirá determinar en un futuro si una persona efectivamente al momento de su contratación actuaba o no de mala fe al no informar u ocultar cierta información referida a sus creencias religiosas.

Así, por ejemplo, para saber si un postulante a un puesto de trabajo actuó de mala fe habría que distinguir, entre los casos en los que la prestación principal debe desarrollarse justamente el día o días en que le es imposible acudir a realizar sus labores y aquellos en donde las exigencias de su religión, aunque pueden ocasionar un ajuste en su horario laboral, tal modulación consistirá únicamente en algunos días u horas dentro de su jornada.

Si el postulante al puesto de trabajo, siendo informado debidamente que la prestación de sus

actividades se llevará a cabo, única y exclusivamente, a partir de la tarde del viernes y el día sábado, no comunica al futuro empleador de que le resultará imposible realizar tal prestación por motivos religiosos y, consciente de ello, celebra contrato de trabajo comprometiéndose a realizar sus labores dichos días, su actuación evidentemente será contraria a la buena fe laboral y, por ello, en este caso, su negativa a realizar las funciones que le han sido encomendadas no se encuentra amparada por derecho fundamental alguno, pues su silencio es malicioso y, en consecuencia, el empleador no se encuentra obligado a mantener una relación laboral con quien, desde un inicio, ha faltado a su deber de buena fe. Pensemos, por ejemplo, en una pequeña empresa familiar de pizzas a domicilio, en donde son los mismos empresarios los que de lunes a jueves se distribuyen el trabajo dada la poca demanda, el padre contesta los pedidos, la madre hace las pizzas y el hijo las distribuye.

Ahora debido a que los días viernes y sábado la demanda es mayor deciden contratar a una persona para que les ayude en el reparto y el hijo pueda colaborar con la madre en la elaboración de las pizzas. En este caso resulta un deber del postulante, una vez informado de las específicas necesidades laborales de la empresa y de su magnitud, que le será imposible realizar tales funciones, dado que es evidente que no hay posibilidad alguna de hacer compatible los preceptos de su fe religiosa, no sólo con las funciones que le serán asignadas, sino también con la estructura propia de la empresa que no tiene la capacidad real para intentar un ajuste entre sus necesidades y las creencias del postulante.

En el caso de que se trate de otras cuestiones como que la religión le prohíba tratar con determinados productos también deberá tenerse en cuenta si el objeto de su prestación consiste únicamente en manipular dichos géneros o si tal manipulación es una parte de sus actividades y, además, si el trabajador realizaría la actividad solo o en compañía de otros compañeros de trabajo. En el primer caso, obviamente, una persona musulmana, que ha sido debidamente informada de que el objeto de su prestación será el puesto de venta de cerdo y sus derivados, no podrá dejar de señalar su condición de creyente musulmán, por lo que, de acuerdo a sus preceptos, le resulta imposible comercializar tales productos.

Ahora, si se le informa al postulante que se trata de una tienda de medianas dimensiones donde llevará a cabo funciones de venta de diversos productos, aunque se incluya también la venta de carne de cerdo o sus derivados, y que la actividad la desarrollará con otros compañeros de trabajo, ello hace posible la protección de su silencio sobre sus creencias religiosas, en tanto que es potencialmente viable para su empleador una distribución del trabajo que haga compatible el ejercicio de sus funciones sin tener que comercializar el cerdo dedicándose a otras actividades propias del negocio repartiendo el empresario el trabajo equitativamente con el resto los trabajadores.

Cabe aclarar que este silencio no es, en *estricto sensus*, legítimo ejercicio de derecho fundamental alguno, porque sí supone un quebrantamiento de la buena fe laboral el ocultar

ISSN 0719-7160

una información que resulta relevante para el adecuado ejercicio de la prestación de trabajo. Sin embargo, el mismo se encuentra protegido por la dimensión institucional del derecho a la libertad ideológica y religiosa, con el fin de evitar el desaliento en el ejercicio de estos derechos fundamentales, y una posible vulneración del principio de no discriminación, pues las particularidades propias de las religiones minoritarias, muchas veces, contrarias a las generalidades de la relación laboral pueden ser una excusa para que los empresarios descarten de plano la contratación de personas que profesen una religión distinta a la mayoritaria por los inconvenientes futuros de los necesarios ajustes a los que tendrán que hacer frente por su contratación haciendo, a la larga, imposible a una persona que profese una religión minoritaria acceder a un puesto de trabajo.

Por todo lo dicho no compartimos lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de octubre de 1997. Los hechos son los siguientes: Luego de un proceso de selección, la empresa Aldeasa S.A. contrata a una persona por su experiencia como vendedora en un centro comercial, para desempeñarse, también, como vendedora de la Boutique libre de impuestos del Aeropuerto de Madrid - Barajas. En el currículum al que tuvo acceso la empresa y que sirvió para su contratación esta persona no hizo constar que era de confesión musulmana.

Una vez contratada la trabajadora dirigió una carta a la empresa donde le informa sobre sus creencias musulmanas y le formula las siguientes peticiones:

- Se le permita a la demandante utilizar un uniforme que no atente contra sus creencias religiosas que impiden el uso de falda corta.
- Se le adecue el horario de trabajo de tal forma que los viernes entre las 13.30 y las 16.30 horas no se vea obligada a trabajar por ser día de rezo colectivo y solemne para los musulmanes, así como la finalización de trabajo una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán.
- No se le traslade a ningún establecimiento en el que haya que manipular o vender productos derivados del cerdo y alcohol.

La empresa denegó, sin mayor fundamentación, estas peticiones por lo que la trabajadora inicio un proceso de reclamación por la presunta vulneración a su derecho a la libertad religiosa.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid da la razón a la empresa porque, si bien reconoce la importancia del derecho a la libertad religiosa y la necesidad de compatibilizar las convicciones con el trabajo, considera que es exigible *«a la parte trabajadora una conducta especial de lealtad y buena fe, consistente en que -lo que no hizo la actora- al solicitar el puesto de trabajo indique previamente su confesión religiosa y el horario especial que ello implica, a fin de que esa futura empleadora estudie si puede encajar tal situación especial en su infraestructura específica»*.

Como ya señalamos líneas arriba coincidimos en que uno de los aspectos importantes del deber de buena fe de un postulante a un puesto de trabajo es comunicar a la empresa todo aquello que pueda tener relación con el ejercicio efectivo de su prestación. Sin embargo, dadas las dificultades que los preceptos de las religiones minoritarias pueden ocasionar, al no ser del todo compatibles con las disposiciones generales de las relaciones laborales que por tradición han adecuado su organización a la religión mayoritaria convirtiendo sus costumbres, en instituciones propias del derecho del trabajo o, en otras palabras, en la manera común de organizar las relaciones laborales, el silencio de los postulantes a los puestos de trabajo debe ser protegido, siempre y cuando, el futuro trabajador sea adecuadamente informado por el futuro empresario de las condiciones en que ha de desempeñar sus funciones o, dada la magnitud del negocio, aunque no sea informado, pueda resultar evidente la forma en que llevará a cabo su prestación; pudiendo inferir que sería potencialmente viable que el empleador pueda hacer lo posible para ajustar o modular la organización laboral a las particularidades propias de la religión que el trabajador profesa.

En este caso específico nos encontramos frente a la empresa Aldeasa S.A conocida por sus puestos libres de impuestos en varios de los principales Aeropuertos del mundo, la trabajadora fue contratada para desempeñar labores en el ubicado en el Aeropuerto de Madrid-Barajas uno de las más grandes instalaciones (si no es la más grande instalación) de este tipo de tiendas en España, tiendas que por cierto se caracterizan por la venta de productos diversos perfumería, joyería, tabaquería, cosmética, chocolatería y dulcería, además de una sección de vinatería y otras bebidas alcohólicas y algunos productos regionales, en donde claro, porque estamos en España, es muy posible que se vendieran productos envasados de jamón.

Dadas las dimensiones del puesto de venta en el Aeropuerto generalmente es atendido por más de un trabajador, porque uno sólo no se daría abasto, debiéndose además tener en cuenta que por el flujo de personas que viajan, a todas horas del día y todos los días de la semana, el horario de atención de este tipo de tiendas es bastante largo (de acuerdo a las visita efectuada a la página web de los comercios del Aeropuerto de Madrid – Barajas el horario de Atención de este tipo de negocios es de 5:15 am a 22:00 pm., incluido sábados y domingos). Ello sin contar que, los aeropuertos siempre se han caracterizado por la confluencia de personas de diversas culturas y religiones y, por ello, en general, se caracterizan, también, por un ambiente de respeto a las diferencias.

Todo ello podía hacerle suponer a la entonces postulante al puesto de trabajo que era potencialmente viable que su futura empleadora, en cumplimiento de su deber de respeto a las diversas religiones de sus empleados, en principio, buscara la forma de adecuar los intereses de la empresa a las características propias de la religión musulmana que ella profesaba⁸¹, por

⁸¹ Vid. *United States Court of District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Caso Reid v. Kraft General Foods, Inc., Breyers CO., Inc., and Unilever U.S.*, 1995, U.S. Dist. LEXIS 5595. En CASTRO, A. *La utilización de signos*

ISSN 0719-7160

ejemplo, dado que el empleador por las dimensiones del negocio necesita más de un trabajador en la tienda podría organizar equitativamente el trabajo de los vendedores para que la trabajadora musulmana se dedique únicamente a la venta de ciertos productos mientras que alguno de sus compañeros se aboque exclusivamente a la venta de alcohol y productos derivados del cerdo.

Ahora de no ser factible, luego de que la empresa haya realizado el esfuerzo de compatibilizar el ejercicio de ambos derechos, la empresa tiene el deber de informar a la trabajadora las razones por las cuales no podría otorgarle las autorizaciones respectivas para dejar de asistir a sus labores en los tiempos solicitados. Recordemos que una de las posibles soluciones a los requerimientos de la trabajadora, sobre todo dada la amplitud del tiempo de atención al público de la tienda, era modificar su horario de trabajo intercambiándolo con el de otro trabajador, de tal forma que la trabajadora musulmana realice sus funciones en horas en donde no tuviera que atender a sus deberes religiosos.

Sin embargo, esta solución al ser una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pasa porque uno de sus compañeros de trabajo acepte el cambio horario.

Por ello, si pese a que el empleador consulta a todos los trabajadores con quienes es posible el intercambio y ninguno de ellos acepta tal modificación, no se restringe, con la negativa del empresario a la solicitud de la trabajadora, su derecho a la libertad religiosa, simplemente será imposible fácticamente compatibilizar su pedido con la organización de trabajo de la empresa.

Por otro lado, al ser el uso de una falda larga un precepto moral de la fe musulmana, es decir, una manifestación de su derecho a la libertad religiosa, el empleador sólo podía prohibirle a la trabajadora el uso de la misma si existieran razones que pudieran vulnerar o vulneren otros derechos fundamentales. Ahora dado que la empresa no esgrimió razón alguna para no permitirle usar la falda larga, vulnera, al prohibirle utilizarla, su derecho a la libertad religiosa, más aún cuando, como hemos dicho, nos encontramos en un espacio caracterizado por un ambiente de pluriculturalidad, por lo que no sería nada extraño el respeto a la diversidad religiosa de los trabajadores y hasta resultaría plausible a la vista de algunos consumidores favoreciendo la imagen de la empresa.

En conclusión, contrariamente a lo resuelto por el TSJ de Madrid consideramos que al haber renunciado la empleadora a buscar vías de adecuación razonable entre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa de la trabajadora y la organización empresarial, no justificando las razones que dieron lugar al rechazo a sus requerimientos ha vulnerado el

de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de EU, Madrid: Universidad Complutense, 2005, 170 -171.

derecho a la libertad religiosa de la trabajadora⁸².

Así, por ejemplo, en un caso similar, el Tribunal Constitucional Federal Alemán resuelve a favor de una vendedora de productos cosméticos de grandes almacenes afirmando que no se ha probado que el uso del pañuelo islámico produjera a la empresa un daño real y no simplemente hipotético, ni tampoco la empresa ha intentado ofrecer otro puesto a la empleada que signifique menos atención al público, es decir, no ha intentado hacer compatible las exigencias de la trabajadora en razón del ejercicio de su derecho a la libertad religiosa con las exigencias de la empresa⁸³.

Cuestión análoga fue resuelta por los Tribunales norteamericanos y la solución al caso también fue distinta a lo sostenido por el TJ de Madrid. Una persona miembro de la Iglesia de Nuestro Señor Jesucristo de la Fe Apostólica, cuya doctrina prohíbe llevar pantalones, es entrevistada por la empresa *Kraft General Foods* para trabajar en la producción en la planta de Filadelfia. Después de confirmar su interés en ser contratada, comunica a la empresa que su religión no le permite usar pantalones como parte del uniforme.

En un primer momento, la empresa sostiene que sus políticas y reglas de seguridad exigen usar pantalones como parte del uniforme, motivo por el cual la postulante al puesto acude a un abogado con lo que se inician negociaciones. Ante la falta de acuerdo presenta una queja ante la Comisión de Relaciones Humanas de Pensilvania. La empresa, entonces, le envía una carta en la que le comunica que le proporcionaría un uniforme con vestido y que se presente a la planta. Tres semanas más tarde la trabajadora era suspendida. Luego se le comunica que no podía ser rellamada porque no existe la obligación de la empresa de volver a contratar a sus empleados que no han superado el periodo de prueba.

Por ello, la trabajadora presenta una nueva queja alegando que el rechazo a contratarla es una ilegal represalia. En 1993 se la vuelve a contratar pero la demandante no puede aceptar por problemas que tiene con el cuidado de sus hijos. Solicita otro turno pero se le deniega porque carece de derechos de antigüedad. Ante esta situación interpone una demanda ante los Tribunales.

El expediente permite, según el Tribunal norteamericano, concluir razonablemente que la inicial propuesta de *Kraft* fue ilegal al colocar a la demandante en la posición «o lo tomas o lo dejas», sin hacer ningún esfuerzo por acomodar sus exigencias religiosas. Cualquier posterior esfuerzo de *Kraft*, incluyendo el contratarla permitiéndole llevar vestido, sólo ha servido para mitigar los daños producidos. En conclusión, el Tribunal norteamericano otorga razón a la trabajadora considerando que la empresa no ha realizado una razonable acomodación, pues

⁸² Posición similar: Vid. CASTRO, A. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de EU*, Madrid: Universidad Complutense, 2005, 40.

⁸³ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 30 de julio de 2003 (BvR 792/03).

en esta empresa sí que resultaba posible.

3. FIESTAS RELIGIOSAS

Los acuerdos celebrados por el Estado español con algunas creencias religiosas recogen ciertas disposiciones al respecto, por ejemplo: Art. 12. 2 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, señala que las festividades que según la ley y la tradición judías, tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el ET, en su art. 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo.

En el mismo sentido, el Art. 12.1 y 2 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España establece que los miembros de las comunidades islámicas podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (*Ramadán*).

En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna.

Las festividades y conmemoraciones que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el ET, en su art. 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas.

4. RELIGIÓN Y EXÁMENES DE ACCESO AL PUESTO DE TRABAJO

Los acuerdos antes mencionados, conjuntamente con el celebrado también con los Adventistas del Séptimo Día recogido en la Ley 24/1992, de 10 de noviembre reconocen también el derecho a solicitar una modificación en la fecha de los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las administraciones públicas que hayan de celebrarse en uno de los días de descanso o festivos por motivos religiosos admitiendo, sin embargo, que la solicitud pueda ser denegada cuando una causa motivada lo impida.

Ello significa que los convocantes a las pruebas de selección de personal deben tener en cuenta, para la fijación de la fecha del examen, posibles incompatibilidades por razones religiosas, especialmente si los interesados han procedido a advertir con anterioridad estas dificultades⁸⁴.

⁸⁴ CASTRO, A. *La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el Derecho de EU*, Madrid: Universidad Complutense, 2005, 282.

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de los casos, las convocatorias vienen con una fecha de examen fija, generalmente los días sábado, con el fin de evitar interrumpir o alterar el normal funcionamiento de las actividades laborales.

En estos casos, no consideramos incompatible con el principio de igualdad, que se tome otro examen en fecha distinta para personas de religiones cuyo día de precepto sea el sábado, siempre y cuando, se realice una petición explícita y en tiempo prudente para efectuar el cambio⁸⁵, se evalúen las mismas materias que han sido objeto del examen general y tenga el mismo grado de dificultad o exigencia que este último. Así, aunque se trate de un examen con otras preguntas, la evaluación al postulante de religión minoritaria es sobre lo mismo y se calificará con la misma rigurosidad. En consecuencia, no existe tratamiento diferenciado en lo que respecta a la evaluación del examen quedando resguardados los principios de mérito y capacidad exigible para el ingreso a la administración pública, la única diferencia sería la fecha de evaluación, distinción plenamente justificada por el respeto que deben los poderes públicos al ejercicio pleno del derecho a la libertad religiosa⁸⁶.

En el mismo sentido ha resuelto *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, en el caso *Minkus contra Metropolitan Sanitary Dist.* Se trata de un judío ortodoxo que tras haberse convocado un concurso de ingreso de personal administrativo en sábado, solicitó hasta en tres ocasiones el cambio de fecha. La administración rechazó su solicitud y, por ello, la demandó por vulnerar su derecho a la libertad religiosa. La administración pública alegaba que si los exámenes no fuesen simultáneos no sería competitivos y se beneficiaría a unos opositores respecto a otros, incrementándose, además, los costes administrativos.

El Tribunal de Apelación resolvió señalando que en «*Un concurso se exige a los candidatos que participen unos contra otros por igual, ante los examinadores, al responder preguntas de la misma índole y la misma naturaleza y de tener igual oportunidad de competir cada uno contra el otro en condiciones similares*». Por ello, no encontraron ningún inconveniente en que los exámenes no sean idénticos o simultáneos. Así, por sí mismo, no puede negarse el deber del Distrito para acomodar razonablemente las prácticas religiosas de los solicitantes de empleo, tampoco se ha demostrado que los costes administrativos sean demasiado elevados, es más, lo lógico es que el gasto sea menor y, por último, tratándose de un organismo público, cabría esperar que, respecto de aquellos opositores integrados en un significativo grupo religioso de la comunidad, se planeara con antelación algunas adaptaciones razonables⁸⁷.

Posición en contrario sostiene, sin embargo, el Tribunal de Justicia de Aragón quien frente a la solicitud de un postulante que pide ser examinada en las mismas condiciones que los demás

⁸⁵ Vid. STJCE, de 27 de octubre de 1976, Caso *Vivien Prais* contra CCE (Asunto 130-75).

⁸⁶ Vid. STSJ de Aragón, de 18 de mayo de 1999 (RJCA 1999\2946).

⁸⁷ Vid. *United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Minkus contra Metropolitan Sanitary Dist*, 600 F.2d 80 (6 de junio 1979).

ISSN 0719-7160

candidatos de la convocatoria, del segundo ejercicio de la oposición para la provisión de plazas de Auxiliares de Administración General en el Ayuntamiento de Zaragoza, publicada en el BOP de Zaragoza, de 17 de septiembre de 1994 (Resolución de 24 de junio de 1994), en el día que señale dicho Ayuntamiento, siempre que no se corresponda con el sábado religioso del candidato recurrente, y que se declare, así mismo, la obligación inmediata de dicho Ayuntamiento a examinarlo en las condiciones que se solicitaron en su día - desestima lo solicitado por tratarse de un llamamiento único y que debía ser realizado en el mismo acto por todos los opositores con el fin de garantizar el principio de igualdad establecido en la CE, motivación que este Tribunal considera suficiente para justificar la exigencia del referido art. 12.3, por lo que la pretensión de la recurrente se desestima.

Esta sentencia, sin embargo, tiene un Voto Particular emitido por el Magistrado RICARDO CUBERO, quien afirma que *«el hecho de que para la realización de aquel segundo ejercicio lo fuere por medio de un llamamiento único, no constituía, ni es impedimento para que aquel opositor hubiese realizado la prueba otro día distinto del sábado, como lo demuestra los varios precedentes administrativos»* traídos por la demanda como prueba: Resolución de 20 de junio de 1994, dictada por el Subsecretario, por delegación del Ministro, del Ministerio para las Administraciones Públicas que, estimando el recurso jerárquico, reconoció a un determinado concursante, que profesaba la religión adventista, el derecho a realizar las correspondientes pruebas selectivas en fecha alternativa al sábado; del Director General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de enero de 1994, que, como venía haciendo en otras ocasiones semejantes para respetar las creencias religiosas de los aspirantes conciliándolo con las necesidades impuestas por la organización de los exámenes, ofreció a la concursante interesada la realización del ejercicio en día distinto al señalado para el resto de aspirantes, y, concretamente, después de la puesta del sol del sábado adoptando, entretanto, la incomunicación de la solicitante; y la dictada el 21 de junio de 1994 por el Tribunal de Oposiciones del Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública, que estimó la solicitud de un opositor, miembro también de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, para realizar el ejercicio, señalado para las cuatro y media de la tarde del sábado día 25 de junio de 1994, a partir de haber declinado la tarde del sábado, tiempo intermedio durante el que el solicitante permanecería aislado en una sala distinta a la que se hallaban examinándose los restantes opositores. Medida esta última con la que quedaba garantizado el tratamiento igualitario de los concursantes para acceder a la función pública bajo los principios de mérito y capacidad en convocatorias con más numerosa concurrencia de aspirantes. De manera que, la Sentencia dictada debió estimar la demanda.

Consideramos, además, totalmente viable trasladar esta posibilidad de modificar para quienes profesan una religión minoritaria, la fecha de evaluación para el acceso a un puesto de trabajo en una empresa privada, pues aunque generalmente el número de postulantes a este tipo de evaluaciones no es masivo, como lo sucede con los concursos de plazas para la administración

pública, y, por lo que general, la empresa los realiza en días de semana, puede darse el caso de que se haya resuelto que la entrevista personal o el examen de acceso se realice, por ejemplo, un viernes por la tarde, lo que haría imposible a musulmanes y adventistas presentarse a tales evaluaciones. En estos casos si los postulantes lo solicitan, la empresa tiene la obligación de buscar la forma de facilitar los medios para ello y de ser posible permitirles rendir en otra fecha del examen o modificar el día de su entrevista personal. Si esto fuera imposible deberá explicar las razones que le impiden hacerlo.

Recuérdese que en el caso de vulneración de derechos fundamentales por motivos discriminatorios es la empresa la que debe probar que tal trato injustificadamente desigual no se produjo. Por ello, la sola negativa del empresario, sin justificación alguna, será razón suficiente para que el postulante al puesto de trabajo pueda iniciar acciones por vulneración del principio de no discriminación, al resultar ser un indicio de trato discriminatorio por parte de la empresa pues esta, al parecer, no ha tenido en consideración su diferencia, pues la justicia, no es darle a todos lo mismo, sino tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales.

Así, de probarse que no existía causa alguna para modificar la fecha, el futuro empleador habrá vulnerado el derecho a libertad religiosa en su vertiente positiva al no haberle facilitado a los postulantes de religiones minoritarias los medios necesarios para probar sus calidades para el puesto de trabajo como al resto de postulantes, lesionando también con ello el principio de no discriminación.

III. DERECHO A LA LIBERTAD Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. DIFERENCIA ENTRE LA LIBERTAD Y A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El derecho a la libertad de conciencia consiste en la facultad que tiene todo individuo de decidir que «*sus comportamientos personales se ajusten, en cuanto no lesionen ningún bien social, a las propias convicciones*»⁸⁸. Así, el derecho a la libertad de conciencia «*se refiere al juicio moral sobre las propias acciones; su objeto es el juicio de moralidad y la actuación en consonancia con ese juicio*»⁸⁹.

Por objeción de conciencia puede entenderse «*la resistencia personal a una prescripción jurídica por ser contraria a una prescripción moral que se considera prevalente*»⁹⁰, es decir, la negativa, por motivos de conciencia, a realizar un acto o conducta que en principio resultaría jurídicamente exigible por ser una orden o mandato de autoridad o, lo que sería lo mismo, un

⁸⁸ Exposición de Motivos de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre.

⁸⁹ HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona: Eunsa, 1978, 149.

⁹⁰ MARTÍN DE AGAR J.T. «Problemas jurídicos de la objeción de conciencia », *Scripta Theologica*, 1995, XXVII, 519-543.

ISSN 0719-7160

deber jurídico⁹¹.

El derecho a la objeción de conciencia, entonces, es una especificidad del derecho a la libertad de conciencia y consiste básicamente en el comportamiento de acuerdo con las propios imperativos morales que surge del sistema de convicciones ideológico o religioso al que se adhiere una persona y que, en una determinada situación, le exigen omitir el cumplimiento de un deber jurídico⁹², pues para el sujeto tales dictámenes de conciencia tienen el rango de suprema instancia normativa⁹³ y, por lo tanto, el cumplimiento de tal deber jurídico afectaría de manera sustancial la propia personalidad del sujeto al estar en juego bienes de importancia que plantean para él, directamente, un problema moral⁹⁴. Así, el derecho a la libertad de conciencia comporta la legitimidad de la objeción de conciencia al fundarse en el valor prioritario de la persona que le permite negarse a obedecer aquellos deberes jurídicos cuyo cumplimiento sea inmoral por lesionar los requerimientos éticos de su ideología o religión⁹⁵.

Dicho esto, parece claro que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho que se ejerce siempre de forma individual, al ser un dictamen personal de moralidad el que le impele a un sujeto a resistirse a un deber jurídico y, en estricto sentido, no tiene mayor pretensión que la del respeto, por parte de los particulares y de los poderes públicos, del incumplimiento de tal deber como medio de resolución de un problema personal⁹⁶.

Sin embargo no puede negarse el influjo que tiene el número de objetores a una misma obligación y que, de hecho, aunque el objetor se proponga primariamente sólo evitar la transgresión de un deber moral, en algunas ocasiones su resistencia se dirige también a que sea abrogada la ley que objeta⁹⁷.

El problema del derecho a la objeción de conciencia radica, entonces, en hasta qué punto la libertad de creencias o de convicciones conlleva la facultad del individuo de actuar conforme a ellas cuando le imponen el deber moral ineludible de hacerlo, aún en contra de una

⁹¹ ESCOBAR, G. *La objeción de conciencia en la Constitución española*, prólogo de J.J. González Encinar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 42.

⁹² GASCÓN, M. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 268.

⁹³ MARTÍNEZ, J. La objeción de conciencia en el derecho internacional. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, 2, 150.

⁹⁴ Vid. PALOMINO, R. *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el derecho norteamericano*. Madrid: Montecorvo, 1994, 20.

⁹⁵ MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 228.

⁹⁶ Vid. PALOMINO, R. Objeción de Conciencia y Religión: una perspectiva comparada. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 2009, 10, 440.

⁹⁷ MARTÍN DE AGAR, J.T. «Problemas jurídicos de la objeción de conciencia», *Scripta Theologica*, 1995, XXVII, 519-543.

prescripción jurídica. ¿Cualquier imperativo moral del individuo se encuentra protegido por el derecho a la objeción de conciencia?

Al tratarse la objeción de conciencia de un incumplimiento de un deber jurídico, este derecho no estaría destinado a proteger un código de moralidad particular que un determinado sujeto se haya podido inventar, pues ello conduciría a la anarquía, sino que, teniendo en cuenta la esencial dimensión social del desarrollo y práctica de toda ideología y religión, ha de fundarse en razones ideológicas o religiosas sostenidas por un grupo identificable de individuos.

Con ello no se quiere decir que el sujeto necesariamente deba encontrarse afiliado formalmente a un determinado círculo de pensamiento o confesión religiosa, sino que sus convicciones morales puedan desprenderse de esquemas previos reconducibles a un sistema de pensamiento o religión mantenido por un grupo de individuos que conforman una religión o defienden una ideología⁹⁸. Ello con el fin de garantizar unas mínimas notas de racionalidad, al ser susceptible la objeción de conciencia, de generalización⁹⁹, lo que justificaría el respeto al objetor por parte de los poderes públicos privados, pues al ser pasible de generalización su exclusión al cumplimiento del deber jurídico, ello deja entrever la existencia de reales discrepancias sociales de conciencia y no discrepancias más o menos serias de un sujeto, irrelevantes para el derecho¹⁰⁰.

Por otro lado, hay quien entiende que en la medida en que el derecho a la objeción de conciencia otorga la exención frente a un deber jurídico, podría vulnerar el principio de igualdad, ya que el objetor quedaría exento de un deber jurídico que para el resto de los ciudadanos obligados al cumplimiento de tal deber se percibe como una carga.

En principio, a esto habría que decir que debe tenerse en cuenta que igualdad no significa darle a todos lo mismo, sino que «*exige tener en cuenta las circunstancias específicas de cada ciudadano para darle el trato justo que merece en función de las mismas*»¹⁰¹.

Ello significa que, aunque el respeto al objetor de conciencia no vulneraría en *stricto sensu* el derecho a la igualdad - dado que en orden al respeto a la dignidad de la persona y a un auténtico sentido de la igualdad también deben respetarse las particularidades de cada ser humano, como, por ejemplo, su adhesión a una determinada ideología o religión, y, por ende, su decisión de incumplir un específico deber jurídico pues tal, en virtud de sus convicciones, constituye una

⁹⁸ Vid. ESCOBAR, G. *La objeción de conciencia en la Constitución española*, prólogo de J.J. González Encinar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993,193.

⁹⁹ MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 216.

¹⁰⁰ Vid. ESCOBAR, G. *La objeción de conciencia en la Constitución española*, prólogo de J.J. González Encinar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 185-193.

¹⁰¹ Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 216 y ss.

ISSN 0719-7160

inmoralidad - debe tenerse en cuenta, el efecto factico de dicha objeción, que no es otro que el objetor evita una carga que debe asumir otro ciudadano.

Por ello, en estos casos, «*sería lícito que el objetor realice una prestación sustitutoria lo más equivalente posible en naturaleza y onerosidad al deber eludido*»¹⁰² y esta prestación no puede entenderse como una restricción del derecho, ni como una sanción, sino que ha de interpretarse que se trata de una exigencia inherente a la regulación del ejercicio del derecho¹⁰³.

2. LIBERTAD Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL TRABAJO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ.

En lo que respecta a las relaciones laborales debe tenerse en cuenta que el trabajador no pierde, en virtud del contrato de trabajo, su capacidad de autodeterminación y, por ende, no renuncia a sus convicciones personales y a sus exigencias ética.

Por ello es posible que ciertos mandatos imperativos resulten incompatibles con la conciencia del trabajador en el ejercicio de su prestación laboral resultando necesario determinar las condiciones en las cuales podrá hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia, entendida como «*un derecho de dispensa del trabajo bien referida a determinadas tareas o bien referida a determinados días*»¹⁰⁴, en este último caso, siempre, con el fin de evitar realizar ciertas funciones laborales que contradicen, en concreto, los preceptos o dictámenes de actuación moral.

Una situación particular se produce con el personal médico y de enfermería de las clínicas y centros hospitalarios. El derecho a la libertad de conciencia, como todo derecho fundamental, no queda extramuros de la relación laboral, y por tanto, este tipo de personal podrá ejercer este derecho cuando los dictámenes personales de su conciencia le señalen que determinada práctica terapéutica, a realizar o por realizarse, es inmoral.

Ahora, dada la urgencia de sus actividades, las potenciales y probables objeciones de conciencia por parte de este personal deben ser comunicadas, oportunamente a sus empleadores para que estos tomen las medidas del caso, con el fin de evitar se produzcan daños a los pacientes o personas que requieran servicios médicos.

Dado que son múltiples y distintos los supuestos que a este respecto pueden darse nos abocaremos al más frecuente en lo que se refiere al ejercicio de libertad de conciencia por

¹⁰² *Ibidem*, p. 265.

¹⁰³ *Vid.* RUIZ, A. La objeción de conciencia a deberes cívicos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1996, 47, 106.

¹⁰⁴ LOUSADA, J.F. La objeción de conciencia en la relación laboral. *Relaciones Laborales*, I (10), La Ley 6416/2002.

razones religiosas, los testigos de Jehová

Un médico testigo de Jehová podrá negarse lícitamente a realizar transfusiones de sangre a sus pacientes dado que los dictados de su conciencia le dictaminan que tal práctica es inmoral, pues atenta contra sus creencias religiosas.

Para que dicha decisión sea lícita deberá ser informada con antelación a su empleador (centro sanitario u organización de servicios que lo contrate) quien deberá no sólo respetar la decisión del trabajador, sino también tomar las medidas oportunas para, de producirse la necesidad de realizar tal práctica, exista personal no objetor que pueda suministrarla; ello, sin perjuicio de que, al quedar exento el médico objetor a cumplir con parte de su prestación, mientras que el médico que le reemplaza debe asumir la carga adicional de cumplir con el trabajo de su compañero testigo de Jehová, el primero se encuentre en la obligación de sustituir, también, al segundo en sus actividades de forma proporcionada.

De ahí, nuevamente, la necesidad de informar al empleador sobre la potencial objeción de conciencia de uno de los médicos, pues dicha situación debe ser prevista por la organización funcional del centro de salud, con el fin de dar una respuesta rápida y eficiente para la mejor atención de los pacientes y de no generar desigualdades funcionales entre el personal médico.

El médico, objetor de conciencia, no debe ser por su decisión personal objeto ni de discriminación, ni de despido, pues al cumplir con el deber de informar pertinentemente a su empleador para evitar daños a los pacientes estará ejerciendo lícitamente su derecho fundamental a la objeción de conciencia, en el caso concreto, de negarse a practicar una transfusión, incluso, cuando no hubiera, por obvia negligencia del empleador, otro médico que pudiera efectuar la terapia.

Ahora, si el médico, consciente de que su pertenencia a un sistema de moralidad le impediría realizar trasfusiones de sangre, no informa debidamente al empleador de tal condición, actuaría con una absoluta falta de ética profesional al ocultar fraudulentamente unos datos relevantes para el ejercicio de su oficio lo que daría lugar a una imprudencia temeraria o negligencia inexcusable, en el caso de que, por negarse a aplicar la trasfusión, sin posibilidad de acudir a otro médico, se produjera la muerte o daño a la salud de un paciente.

Se trata de un caso en donde el trabajador, si pretende objetar en conciencia, tiene el deber de declarar sobre sus creencias, pues estas tienen una relevancia directa con el desarrollo de la prestación laboral¹⁰⁵ y, por lo tanto, en razón de las particulares características de relación laboral sanitaria resulta trascendente - no sólo para garantizar el respeto al derecho a la libertad

¹⁰⁵ TASCÓN, R. La protección de datos personales de los trabajadores», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, 16, 476.

ISSN 0719-7160

de conciencia, sino también para el adecuado desarrollo de las funciones y para la protección de la vida y salud de los pacientes - que el trabajador comunique a su empleador su adherencia a esta creencia religiosa.

Debe tenerse en cuenta, además, que la pertenencia de un determinado trabajador a ciertos sistemas de moralidad que le podrían impedir realizar ciertas prácticas terapéuticas o quirúrgicas, puede llevar a los empleadores a tomar decisiones diferenciales con respecto al resto de trabajadores, en torno a la ubicación y las funciones que el trabajador, potencial objetor de conciencia, desempeñe dentro del centro clínico u hospitalario, sin incurrir, por ello, en discriminación.

En este sentido resulta de vital importancia distinguir cuando nos encontramos ante la vulneración o no del principio de igualdad. Así, continuando con el ejemplo, el hecho de que los servicios de salud no otorguen a un médico, testigo de Jehová, de entre las muchas plazas convocadas, una a desarrollarse en el Centro de transfusiones de la referida comunidad, no supone, en absoluto, una discriminación, pues la principal actividad que se les encarga realizar a los médicos en dichos centros consiste en una práctica que atenta contra las convicciones religiosas y contra los principios morales del trabajador postulante y cuyo previsible rechazo a llevarla a cabo, podría poner en peligro la vida y la salud de los pacientes.

Con respecto al resto de plazas vacantes, cuya actividad principal no es las transfusiones de sangre, sino otro tipo de terapias médicas, su calidad o no como testigo de Jehová, aunque es importante, no es trascendente para el ejercicio de su función u oficio y, en consecuencia debe ser tratado como cualquier otro médico postulante a la plaza, de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad.

Ahora puede ser que quien sea testigo de Jehová no sea el médico, sino el paciente y que él o sus familiares se nieguen a que el médico practique la transfusión sanguínea ¿Es el médico responsable, en caso de respetar la decisión del enfermo o de sus familiares, de un incumplimiento laboral pasible de sanción por parte del centro médico u hospitalario donde desarrolla sus funciones?

La Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁰⁶, reconoce en su art. 2.4 el derecho del paciente a negarse al tratamiento y en su art. 8 exige el consentimiento expreso para cualquier actuación médica¹⁰⁷.

¹⁰⁶ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002\2650).

¹⁰⁷ Art. 12 el Código de Deontología Médica, de julio de 2011.

El art. 9 de la misma norma regula las excepciones a la necesidad de consentimiento cuando: existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, se comunicarán a la autoridad judicial, en el plazo máximo de 24 horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas¹⁰⁸ y; cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Igualmente este artículo señala que se otorgará el consentimiento por representación únicamente en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho; b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente y; c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual, ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces, ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Siguiendo con el art. 9, la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el «*principio del diseño para todos*» de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Ahora, cabe aclarar que en el caso de rechazo del tratamiento médico por cuestiones morales no configura el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, pues en realidad no existe ningún deber impuesto al sujeto de someterse a ningún tratamiento médico concreto. Por ello, la oposición del sujeto a tratarse de una determinada forma no adquiere la naturaleza jurídica de objeción de conciencia, sino que es una pura manifestación de voluntad y, en consecuencia, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia que, como tal debe ser

¹⁰⁸ LO 3/1986, de 14 de abril de 1986, de medidas especiales en materia de salud pública (RCL 1986, 1315).

ISSN 0719-7160

admitida y respetada por el personal médico y, en su caso, por la autoridad judicial¹⁰⁹, en tanto tal tratamiento médico aparece como un acto inmoral para el sujeto a quien se le pretende practicar al no ajustarse con su sistema de convicciones ideológicas o religiosas.

Ello supone adecuar lo contenido en esta norma a las particularidades propias del caso concreto en el que el paciente se niega a aceptar se le realice una transfusión de sangre por razones de orden moral al atentar esta práctica con sus convicciones religiosas. Sin embargo es posible elaborar, en base a una interpretación constitucional y normativa, ciertos criterios a tener en cuenta para identificar si el médico o personal sanitario es responsable de negligencia pasible de sanción laboral al respetar la decisión de su paciente.

En primer lugar, ya hemos dicho, que el derecho a la libertad de conciencia, es un derecho personalísimo, es decir, es un juicio de moralidad subjetivo, ello significa que sólo el sujeto sobre quien se realizará el tratamiento debe ser quien manifieste expresamente su voluntad de rechazar dicha práctica médica.

Cabe aclarar, sólo para efectos de determinar la inexistencia de conflicto entre el derecho a la vida del paciente y su rechazo a que se le practique un tratamiento médico inmoral de acuerdo a sus creencias¹¹⁰ que, en orden al respeto de la dignidad humana y a su doble dimensionalidad interna y externa es tan importante para la persona no sólo conservar la vida; sino vivirla de acuerdo a sus a los dictámenes de su conciencia.

Por ello, si una persona decide, en orden a un deber moral, no librarse de la muerte, rechazando un tratamiento contrario a sus convicciones, no vulnera con ello su derecho a la vida, sino que decide cómo ejercer tal derecho, al aceptar los límites de la capacidad humana para recuperar su salud, pues al no existir otro medio alternativo y acorde a su creencias, el medio que existe para salvarle es para él un medio de imposible uso, por imposibilidad moral.

En este sentido, el paciente que rechaza un tratamiento por ir en contra de su conciencia, no atenta contra su vida, no dispone de ella, sino que ejerce su derecho a mantenerla fiel a sus convicciones religiosa, incluso, hasta su último suspiro, como podría suceder, por ejemplo, con un miembro de las Fuerzas Armadas, pues un soldado va a la guerra para defender a su país, para morir, si es preciso, por el mismo, y, por lo tanto acepta valientemente estar presente en el fragor de la batalla y luchar hasta la muerte. El soldado de acuerdo a sus convicciones, no va a la guerra para morir, va a la guerra para vivir luchando por lo que cree importante y, si ello ocasiona su muerte, esta sólo es consecuencia de la defensa de sus ideas, no la finalidad de sus actos.

¹⁰⁹ Vid. GÓMEZ, Y. Reflexiones jurídico constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos. *Revista de Derecho Político*, 1997, 42, 77.

¹¹⁰ Vid. STS de 27 de marzo de 1990 (RJ 1990\2626).

Por ello, si el paciente da a conocer al médico su voluntad de seguir los dictámenes de su conciencia, el médico se encuentra en la obligación de respetar su negativa, porque la misma constituye una conducta en ejercicio de un derecho fundamental con todas las implicaciones de ello deriva.

Cualquier acción u omisión que realice el médico encaminada a respetar el derecho del paciente a su libertad de conciencia será, entonces, un acto lícito y, por lo tanto, no deberá ser sancionado, ni por su empleador, ni por los poderes públicos. Por el contrario, si el médico no respeta la voluntad del paciente y le impone el tratamiento contra su voluntad estaría vulnerando su derecho fundamental a la libertad de conciencia, configurando incluso el tipo penal de delito contra la libertad religiosa previsto en el art. 522 del CP¹¹¹.

Ahora el hecho de que el médico o personal sanitario deba respetar la libertad de conciencia del paciente le impone también ciertas actuaciones diligentes para evitarse problemas jurídicos, tanto para él, como para su empleador, a efectos de probar que la actuación médica fue de efectivo respeto a la voluntad del paciente. Por ejemplo, como lo señala el art. 9 de la Ley 41/2002, la voluntad del paciente de negarse a realizar dichos tratamientos médicos debe ser antecedente y expresa, aunque no necesariamente concreta, puede ser general¹¹²; para ello el médico debe haberle informado adecuadamente y con anterioridad sobre los tratamientos médicos a practicar debiendo, además, asegurarse de que el paciente ha comprendido su alcance, con el fin de que la voluntad del enfermo no se vea viciada por ignorancia o error¹¹³.

Asimismo, el empleador deberá estar informado de tal situación con el fin de proporcionarle al paciente los formularios o documentos adecuados para que exprese, por escrito, su voluntad.

Ahora, en orden a la cláusula de orden público, no podrá ser respetada la voluntad del enfermo cuando ello produzca un daño o perjuicio en los derechos fundamentales de otros, pues tal decisión del paciente y acción del médico, al no tener en cuenta a los demás, resultaría una extralimitación del ejercicio y respeto, respectivamente, del derecho a la libertad de conciencia. Uno de los supuestos en los cuales no debe ser atendida la voluntad del paciente es el contenido en el art. 9.2.a de la Ley 45/2002 que regula una excepción de la existencia de consentimiento del enfermo frente a un tratamiento cuando, no utilizar el mismo, pueda poner en riesgo la salud pública, es decir la vida o integridad física de terceros¹¹⁴.

¹¹¹ Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 188 y 190 -192.

¹¹² Por ejemplo, en el documento de instrucciones previas (art.11 de la Ley 41/2002). Vid. PANSIER, F. J. (1996) p. 65.

¹¹³ Sobre el consentimiento informado: Vid. GARCÍA, V. (2011) p. 79.

¹¹⁴ Vid. *Prince v. Massachussets*, 321 U.S. 158, 166-167 (1944).

Asimismo, cuando el paciente que rechaza un tratamiento médico con riesgo para su vida tenga hijos menores o familiares con discapacidad bajo su responsabilidad y no exista otro familiar cercano que pueda hacerse cargo de los mismos. Ello debido a que la probable muerte del paciente lo dejaría sin asistencia alguna por lo que el rechazo del enfermo al tratamiento médico podría significar la posible vulneración de los derechos fundamentales de sus hijos o familiares a la alimentación, educación, vestido, vivienda, entre otros.

De ahí, nuevamente, la importancia de informar al centro médico en torno a la decisión de un paciente, pues dado que el médico o personal sanitario estará plenamente dedicado a cuidar de su salud corresponderá al empleador hacerse de las pruebas o documentos necesarios para acreditar que el paciente estaba haciendo un uso arbitrario de su derecho a la libertad de conciencia. Por ejemplo, contar con la orden ministerial que dispone realizar una campaña por motivos de salud pública o requerirle al paciente o familiares documentación que acredite su condición de padres de familia, tutor o curador.

La situación se complica si el paciente que se encuentra inconsciente, es menor de edad o es una persona con discapacidad. Ya hemos dicho que la negativa al tratamiento médico debe proceder del propio paciente. Ello quiere decir que las personas, más o menos, ligadas o allegadas al enfermo, como los miembros de su familia o de su comunidad religiosa, no podrán reemplazarlo, en tal acto voluntario, bajo ninguna circunstancia.

Esto se debe a que el dictado de conciencia, que proviene del sistema de ideas o creencias religiosas de un sujeto, es un juicio subjetivo personalísimo y por lo tanto no puede ser ejercido por persona distinta a la de su titular, por lo cual no cabe mecanismo alguno de sustitución de la voluntad del enfermo.

Ello supone que la negativa a un tratamiento realizada por persona distinta del paciente, incluso si este se encuentre inconsciente, resulta ilícita, cuando se argumenta, como fundamento de tal negativa, razones de conciencia, pues, como bien lo señala la Corte Suprema americana «*No existe ninguna seguridad automática de que la opinión de los familiares cercanos será necesariamente la misma que la del paciente, si se hubiese enfrentado con la perspectiva de su situación siendo capaz*»¹¹⁵ y, por lo tanto, sólo se estará «*ante un ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia que impida la aplicación del tratamiento cuando exista una expresa declaración de voluntad contraria al mismo formulada por el propio paciente y no revocada expresa ni tácitamente con anterioridad a su situación de ausencia de capacidad*»¹¹⁶. De igual forma ha de procederse ante personas que padezcan una incapacidad mental total o

¹¹⁵ *Cruzan v. Director of Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 287.

¹¹⁶ MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 196-197.

que aún no cuenten con capacidad mental suficiente por razón de su edad¹¹⁷.

Así, frente a los casos, en donde el médico o personal sanitario, no cuenten con la expresa voluntad del paciente de negarse a que se le practiquen ciertos tratamientos médicos su obligación será proceder a aplicar el mismo, pues, ante la imposibilidad de hecho de que el enfermo ejercite su derecho a la libertad de conciencia, el personal médico deberá atenderle, en pleno cumplimiento de su deber de asistencia a la vida del paciente, con cualquier método que esté a su alcance, pues la negativa de los allegados carece de toda relevancia jurídica. De no hacerlo, por insistencia de familiares o miembros de la comunidad religiosa, el médico o personal sanitario incurrirá en una negligencia inexcusable pasible de sanción laboral y penal.

Igualmente será necesario que el médico o personal sanitario, de existir una férrea negativa de los familiares al tratamiento, informe al empleador para que este ponga a disposición del médico y de la familia medios alternativos para lograr pacífico convencimiento sobre el uso del tratamiento (por ejemplo, se haga participar del problema al servicio de atención psicológica del centro médico) y, de ser necesario, recurra a los órganos jurisdiccionales con el fin de que estos autoricen realizar dichas prácticas médicas sobre el enfermo y de esta forma salvar la vida del paciente. Obviamente, en caso de urgencia, habrá de procederse de forma inmediata, sin que ello, acarré, ante la ausencia de voluntad alguna del paciente, responsabilidad para el médico o para el centro de salud.

Ahora, ante el carácter personalísimo del derecho a la libertad de conciencia cabe preguntarse ¿qué sucede con los menores de edad que ya gozan de uso de razón, es decir, de capacidad suficiente para manifestar su voluntad o las personas con discapacidad mental parcial? Con respecto a las personas con discapacidad mental parcial, el mismo art. 9 de la Ley 41/2002, antes referido, da la solución al señalar que *«si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí mismos su consentimiento»*.

Con respecto a los menores con uso de razón habrá que decir primero que los derechos fundamentales son inherentes a todo ser humano, desde el primer momento de su existencia, sin importar edad, los niños también tienen derecho al respeto de sus derechos fundamentales, incluyendo, el derecho a la libertad de conciencia¹¹⁸ y, en consecuencia, también tendrán derecho a oponerse a un tratamiento médico que considere inmoral, siempre y cuando, tenga discernimiento suficiente para tomar su propia decisión, es decir, tenga la capacidad necesaria para emitir, por sí mismos, su dictamen de moralidad, careciendo en este

¹¹⁷ Vid. ROMEO, C.M. (1994) pp. 453-454 y *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 171 (1944).

¹¹⁸ Art. 39.4 de la CE; Art. 14.1 de la CNUDN; Art. 6.1 de la LOPJM.

ISSN 0719-7160

caso de relevancia la negativa de los padres o representantes legales. De tal forma que si el niño, con juicio de razón, contrariamente a la opinión de sus representantes legales, consciente en que se realice el tratamiento, deberá aplicársele el mismo, por su propia decisión personal¹¹⁹. Por el contrario, si profesando las mismas convicciones morales que sus representantes, se negara al tratamiento, tal decisión deberá ser respetada¹²⁰.

Nuevamente, en estos casos, surge la necesidad de que el médico o personal sanitario informe al centro de salud con la finalidad de que solicite al juez que determine, en razón de las particulares circunstancias, si el menor tiene efectivamente discernimiento suficiente para la toma de esta difícil decisión¹²¹.

El incumplimiento de las obligaciones de informar, tanto a los pacientes, como al empleador, por parte del personal médico o sanitario constituye una inobservancia de sus deberes laborales y puede, entonces, dependiendo de las circunstancias, de lo establecido en los protocolos médicos y de la situación o no de urgencia y de necesidad de las actuaciones, ser causal de despido, pero habrá que atender a cada caso concreto.

¹¹⁹Vid. Art. 14 Código de Deontología Médica, de julio de 2011.

¹²⁰ Vid. ESCOBAR, G. *La objeción de conciencia en la Constitución española*, prólogo de J.J. González Encinar. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 364.

¹²¹ Vid. MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares, 2011, 198 -200.