

REGULACIÓN DEL USO DEL VELO ISLÁMICO EN EL TRABAJO

REGULATION ON ISLAMIC VEILING IN THE WORKPLACE

SUMARIO

1. La multiplicidad de significados del velo
2. Polémicas jurídicas en torno al velo islámico fuera del entorno laboral
 - 2.1. La prohibición generalizada del velo integral
 - 2.2. La prohibición en el ámbito educativo
3. El uso del velo en el trabajo y los derechos constitucionales de las trabajadoras
 - 3.1. La libertad de autodeterminación del aspecto físico
 - 3.2. La libertad de pensamiento en su dimensión externa
 - 3.3. La prohibición de discriminación
4. El objetivo legítimo: posibles finalidades del empresario para la prohibición o imposición del velo
 - 4.1. Los obstáculos físicos para la realización de la prestación laboral
 - 4.2. La imagen pública de la empresa
 - 4.3. La consideración de las preferencias de los clientes
 - 4.4. La obligación de llevar el velo en puestos de tendencia
5. El juicio de proporcionalidad

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar los problemas jurídicos relativos a la imposición o a la prohibición del uso del velo islámico en el ámbito laboral. Para ello se parte de una consideración de los diversos significados y usos de esta prenda en diferentes contextos históricos, sociales y culturales, así como de los conflictos jurídicos que se han planteado en ámbitos distintos al laboral. Posteriormente, ya en relación con los conflictos laborales, se profundiza en los bienes jurídicos protegidos que entran en juego, tanto en relación con los derechos constitucionales de las trabajadoras como en cuanto a los objetivos legítimos que puede tener el empresario. Por último, se plantea un análisis del juicio de proporcionalidad, subrayando la diferencia entre la ponderación de bienes jurídicos cuando el problema se plantea desde la óptica de la discriminación indirecta respecto a la que procede cuando se considera desde la perspectiva de la libertad religiosa.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal problems related to the imposition or the prohibition of the Islamic veil in the workplace. First, it takes into consideration the various meanings and uses that the veil could have in different historical, social and cultural contexts, as well as the main legal conflicts that have arisen in areas other than labour. Secondly, this study deals with the legally protected interests that come into play, considering both the constitutional rights of workers and also the legitimate aims of the employer. Finally, an analysis of the proportionality test is proposed, emphasizing the differences between the indirect discrimination and the religious freedom perspectives.

PALABRAS CLAVE: Velo islámico, discriminación, libertad religiosa, gestión de la diversidad

KEYWORDS: Islamic veil, discrimination, religious freedom, diversity management

Antonio Álvarez del Cuvillo
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

1. LA MULTIPLICIDAD DE SIGNIFICADOS DEL VELO

En la actualidad, el debate público respecto a la costumbre, recomendación o imposición de cubrir el pelo, la cara u otras partes del cuerpo femenino con diversas prendas caracterizadas unitariamente como “velo”, se vincula a la práctica de la religión musulmana. No obstante, el “velo” ha tenido una importancia significativa en Oriente

Medio y en las culturas del Mediterráneo muchos siglos antes de la aparición del Islam¹. En este contexto, el velo señalaba que la mujer se encontraba sujeta al control de los varones de su familia y que, por tanto, no estaba “disponible” para los demás; al mismo tiempo, constituía un marcador relativo de *status*, en la medida en que este sometimiento implicaba una cierta “respetabilidad” fundada en la sujeción a este orden patriarcal². Desde otra perspectiva, el velo –utilizado por hombres o mujeres- ha operado como signo de “separación” entre espacios sociales o simbólicos, en muchos casos en relación con rituales religiosos o mágicos, en contextos históricos y culturales muy diversos; así, por ejemplo, en el ámbito grecorromano, la cobertura de la cabeza mediante un velo se utilizaba como símbolo de disociación del mundo secular o profano³.

Estos dos significados básicos –sometimiento al orden patriarcal de parentesco y separación del mundo profano- se combinan en diferentes grados en los usos que históricamente ha tenido el velo en el ámbito judeo-cristiano, como la cobertura obligatoria de la cabeza de las mujeres en la oración⁴, el velo de la novia en el rito del matrimonio, el hábito de las religiosas, etc. A partir de la combinación de estos significados en distintas proporciones, el velo se ha interpretado como signo de “humildad” y “modestia” en el vestir, consagración a la divinidad, castidad o “pureza”.

Por otra parte, el uso del velo en el ámbito de la religión islámica se fundamenta en varias referencias en el texto del Corán⁵, así como en ciertos *hadith*⁶. En concreto, el Corán manifiesta que las mujeres creyentes deben cubrirse para que sean reconocidas y para que no sean “molestadas” (Corán 33, 59). Así pues, a los significados anteriores, se añade la finalidad de “proteger”⁷ a las mujeres frente a la agresividad sexual de los varones, en un contexto socio-cultural e histórico marcadamente patriarcal.

¹ Así, documentos asirios datados en torno al año 1300 antes de Cristo prohíben a las prostitutas y esclavas el uso del velo, en tanto que lo imponen a las mujeres casadas, a las mujeres “libres” que están sometidas a la autoridad de sus padres o hermanos e incluso a las concubinas. *Vid.* Ricks, D.S y Ricks, S.S, “Chapter 17: With Her Gauzy Veil before Her Face: The Veiling of Women in Antiquity”, en AAVV, *Bountiful Harvest: Essays in Honor of S. Kent Brown*, Institute for Religious Scholarship, 2011, pp. 346; Pena González, P., “Historia del velo”, *Datatèxtil*, nº 16, 2007, p. 3.

² Ricks, D.S y Ricks, S.S, *Op. Cit.*, p. 247 consideran como interpretaciones alternativas del velo en la antigüedad el marcador de status y el marcador de la mujer como “propiedad” del varón. Sin embargo, estas perspectivas no son incompatibles entre sí, en tanto que el reconocimiento social viene dado por el sometimiento al sistema de dominación masculina en el que se funda la estructura de parentesco.

³ Van Gennep, A., (Trad. Juan Ramón Aranzadi Martínez), *Los ritos de paso*, Alianza Editorial, 2008 [publicado originalmente en francés en 1909], pp. 232-234.

⁴ San Pablo en la Primera Carta a los Corintios (1 Cor, 11, 15) exhorta a las mujeres a cubrirse la cabeza en la oración o la profecía, justificando este mandato en base a la inserción de estas en un orden social jerárquico en el que las mujeres están sometidas a la autoridad de los varones. En este sentido, el Canon 1262.2 del derogado Código de Derecho Canónico de 1917 establecía la obligatoriedad del uso del velo para las mujeres en la Eucaristía.

⁵ Corán 24, 31; 24, 59; 33, 53; 33, 59.

⁶ Abu Dawud 32:4092; 2:641; Sahih Bukhari (60:283). Los *hadith* son dichos o hechos atribuidos al Profeta por la tradición.

⁷ La palabra árabe *hijab* se refiere a distintos tipos de barrera física, incluyendo el “velo” y, por extensión, hace referencia a la adecuación de la vestimenta femenina, pero también significa “amuleto”. Por otra parte, el verbo *hajaba*, (“velar”) se relaciona con protegerse, esconderse o buscar refugio. *Vid.* Wehr, H. (Ed. J. Milton Cowan), *A Dictionary of Modern Written Arabic*, Otto Harrasovick, Cuarta Edición, 1979.

No existe un consenso absoluto entre los musulmanes acerca de si el velo es una obligación o una mera recomendación, ni tampoco respecto a las partes del cuerpo que deben cubrirse⁸. De hecho, mujeres musulmanas de distintos contextos culturales y religiosos utilizan prendas muy diferentes⁹, que implican diversos grados de cobertura del cuerpo. Un primer grado vendría dado por el ocultamiento de la cabeza, las orejas y el pelo con un pañuelo (*hiyab, shayla, al-Almira*) dejando visible el óvalo de la cara -algunas mujeres utilizan el pañuelo sin siquiera cubrir del todo el pelo-; el segundo grado vendría constituido por diversas prendas que dejan visibles la cara y las manos, pero que implican un mayor ocultamiento de las formas del cuerpo, dependiendo de la prenda (*khimar, chador, jilbab*); el tercer nivel correspondería al “velo integral” que cubre parte de la cara, dejando visibles los ojos (*niqab*); por último, el cuarto nivel implica la cobertura total del cuerpo, sin revelar siquiera los ojos (como sucede con el *sitar* o con el *burka* afgano).

Más allá de sus orígenes remotos y de su regulación por parte del Derecho Islámico, el velo se ha convertido –tanto para los musulmanes como para los que no lo son, aunque con connotaciones muy distintas- en un símbolo de la religión islámica en sí misma considerada y, por extensión, de las identidades culturales vinculadas históricamente a ella.

De este modo, quizás partiendo del sentido transcultural del velo como elemento de separación entre mundos diferentes, **esta prenda se ha terminado convirtiendo en un símbolo de las diferencias socialmente percibidas entre musulmanes y no musulmanes**. Así, por ejemplo, en los países de mayoría islámica, el resurgir del velo ha estado en gran medida condicionado por movimientos políticos anticoloniales, nacionalistas o fundamentalistas religiosos que han pretendido generar una identidad colectiva independiente de la influencia “occidental”¹⁰. También en los países en los que los musulmanes son minoritarios, muchas mujeres han adoptado el velo como signo de identidad religiosa o étnica¹¹; incluso en algunos casos, mujeres migrantes que no utilizaban el velo en sus países de origen lo han terminado adoptando en los países de destino como mecanismo destinado a generar una identidad social positiva. Por otra parte, en los espacios culturales caracterizados como “occidentales”, el velo ha operado como un símbolo muy gráfico de la concepción del Islam como un sistema de creencias y prácticas ajeno a los valores propios de “Occidente”, subrayándose, en particular, su carácter opresivo o discriminatorio respecto a las mujeres. En definitiva, el velo se ha utilizado para dibujar fronteras simbólicas entre la minoría musulmana y el resto de la

⁸Vázquez Gómez, R., “Aproximación al Derecho islámico y su regulación del velo”, *Ius Canonicum*, XLVIII, n° 94, 2007, p. 611. El *hadith* recogido en Abu Dawud 32:4092 señala que las partes del cuerpo que pueden mostrarse son el rostro y las manos. En todo caso, en la práctica existen usos e interpretaciones mucho más permisivos (incluyendo la consideración de que el velo en sentido estricto no resulta necesario en el momento actual) así como exigencias más estrictas, que implican una mayor cobertura del rostro.

⁹Pascual Llanos, E., “El Hiyab”, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 10, 2015, p. 170; AAVV (Open Society Foundations), *Unveiling the Truth: Why 32 Muslim Women Wear the Full-face Veil in France*, Open Society Foundations, 2011, pp. 9-10.

¹⁰Amir-Ebrahimi, M., “Conquering enclosed public spaces”, *Cities*, Vol. 23, n° 6, 2006, p. 456; Lamrabet, A., “El velo (el hiyab) de las mujeres musulmanas: entre la ideología colonialista y el discurso islámico: una visión decolonial”, *Tabula Rasa*, n° 21, 2014, p. 39.

¹¹Atasov, Y., “Governing women’s morality: a study of Islamic veiling in Canada”, *European Journal of Cultural Studies*, Vol. 9, n° 2, 2006, p. 210; Croucher, S.M., “French-Muslims and the Hijab: An Analysis of Identity and the Islamic Veil in France”, *Journal of Intercultural Communication Research*, Vol. 37, n° 3, *per totum*.

sociedad¹². En este contexto, a menudo ha constituido un marcador étnico-cultural o religioso que ha desencadenado conductas discriminatorias o xenófobas hacia las mujeres que lo portan¹³.

Ciertamente, en este caso -como en tantos otros- las pautas dominantes de género han asignado a las mujeres una “sobrecarga del trabajo estético”¹⁴, esto es, una especial responsabilidad en la expresión de la identidad colectiva a través de la configuración de su imagen personal, que contrasta con las mayores posibilidades de individualización de los varones; las mujeres tienden a representar el grupo, mientras que los varones se representan a sí mismos. Este fenómeno a menudo implica que las mujeres se enfrenten a situaciones paradójicas, porque corren el riesgo de sufrir perjuicios tanto si acatan la pauta de género como si no lo hacen. En este caso concreto, las mujeres pueden encontrarse con presiones en el seno de su comunidad religiosa para cubrirse con el “velo” y, por otra parte, en caso de que asuman esta indumentaria, pueden terminar padeciendo el estigma de ser identificadas como personas culturalmente disociadas de las pautas dominantes en mayor medida que los musulmanes varones. Así pues, algunas de las tensiones derivadas del incremento de la diversidad cultural y religiosa en nuestras sociedades en el contexto de la globalización se han terminado descargando en cierta medida sobre el cuerpo de las mujeres.

No puede darse una respuesta simple a la cuestión de si el uso del velo deriva de la coacción o de la libre voluntad de las mujeres que lo utilizan. En algunos casos, las mujeres son forzadas o coaccionadas directamente por sus padres, hermanos o maridos (o, en algunos países, por los poderes públicos) para utilizar el velo; en otras ocasiones, son ellas las que deciden voluntariamente utilizarlo, incluso en contra de la voluntad de su esposo o de sus parientes y amigos¹⁵. Entre estos dos extremos existe una gradación muy amplia de situaciones intermedias, puesto que el cumplimiento formalmente “voluntario” de cualquier práctica socialmente sancionada puede experimentarse por los sujetos con diversos grados de alienación o de interiorización¹⁶.

12 Innerarity Grau, C., “El debate sobre el velo islámico en Gran Bretaña: el multiculturalismo liberal y la identidad nacional”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 162, 2013, *per totum*. Lamrabet, A., *Op. Cit.*, p. 33 se refiere a la “obsesión” con el simbolismo del *hiyab*, tanto en el discurso fundamentalista como en el de los países “occidentales”; en ambos casos, termina siendo una imagen del grado de “islamización” de la sociedad.

13 AAVV, *Unveiling the Truth...*, *Op. Cit.* pp. 16-18 y 55-62.

14 Utilizamos esta expresión en Álvarez del Cuvillo, A., “Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación”, *Trabajo y Derecho*, nº 10, 2015, p. 11 del ejemplar electrónico. En sentido similar, Amorós, C., “Feminismo y multiculturalismo”, en AAVV (coord. Ana de Miguel Álvarez, Celia Amorós Puerto), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Minerva, 2005, pp. 335 y ss; Killian, C., “The other side of the Veil: North African Women in France Respond to the Headscarf Affair”, *Gender and Society*, Vol. 17, nº 4, 2003, p. 570.

15 Sobre este uso voluntario, *Vid.*, Atasov, Y., *Op. Cit.*, p. 215; AAVV, *Unveiling the Truth...*, *Op. Cit.* pp. 14, 15, 49, 74; Croucher, S.M., *Op. Cit.*, *per totum*. Estos estudios son de carácter cualitativo y se refieren necesariamente a un número limitado de casos; aunque los trabajos empíricos apuntan más bien a un uso voluntario del velo, la construcción de las muestras podría estar sesgada en la medida en que las mujeres con la autonomía personal más limitada podrían estar menos disponibles para la investigación. En cualquier caso, estos trabajos muestran que resulta significativo el uso voluntario del velo -incluso del velo integral, a menudo luchando contra las reticencias de padres, madres o esposos. No es posible actualmente determinar con precisión cuál es la proporción entre el uso voluntario o impuesto. Las situaciones pueden ser muy diferentes en distintos contextos geográficos, políticos, culturales y sociales y variar en función de diversas prendas; por otra parte, la presión social ejercida puede tener distintos grados de intensidad y no siempre se puede identificar con la coacción antijurídica.

Cuando las mujeres eligen ponerse voluntariamente el velo, sus motivaciones pueden ser muy variadas y complejas¹⁷. Por supuesto, los diversos significados atribuidos al velo no son “objetivos” (inherentes a la naturaleza de objeto), sino que se construyen socialmente en torno a él¹⁸. Ahora bien, esto no implica que el contenido semántico del velo pueda configurarse unilateralmente por un puro acto de voluntad de la persona que lo porta; en realidad, estos significados derivan de procesos sociales que están condicionados por la historia y por las relaciones de poder existentes¹⁹. La investigación cualitativa parece mostrar que la conducta de las mujeres que deciden voluntariamente cubrirse no encaja fácilmente en modelos idealizados (puramente emancipadores) o demonizados (exclusivamente opresivos); así, por ejemplo, en ocasiones los efectos liberadores –por ejemplo, la superación de un trastorno alimentario o la obtención de una identidad social positiva- se combinan con la aceptación de determinadas nociones de “modestia” femenina insertas en un orden patriarcal²⁰. Así pues, **el significado del velo es muy variable y a menudo contradictorio.**

Algún estudio cuantitativo nos proporciona información respecto a la percepción general del velo islámico que tienen los inmigrantes musulmanes en España²¹. De acuerdo con estos datos, una amplia mayoría de los encuestados -sin diferencias importantes por razón de sexo- consideraba que el velo es una opción personal y que en ningún caso debe imponerse (86%) ni prohibirse (84%); en cambio, la opinión estaba más dividida en lo que refiere a la prohibición del velo integral en determinados espacios; una minoría muy significativa (44%) entendía que se trataba de una práctica cultural más que religiosa y, por último, solo un 10% entendía que el velo es un símbolo de discriminación de la mujer.

2. POLÉMICAS JURÍDICAS EN TORNO AL VELO ISLÁMICO FUERA DEL ENTORNO LABORAL

16[□]“In practice, this is often much more complicated and there are a number of subtle ways in which pressure can be exercised”, Howard, E., “Banning Islamic veils: Is gender equality a valid argument?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 12 (3), 2012, p. 154.

17[□]Howard, E., p. 152; Haddad, L., “Islam, mujer y apuestas del imaginario identitario”, *Revista CIDOB D’Affers Internacionals*, n. 73-74, p. 67 identifica hasta 18 significados diferentes que el velo puede tener para la mujer que lo porta. Croucher, S.M., *Op. Cit., per totum*, señala cuatro grandes motivaciones para el uso del *hijab* en Francia: la conciliación de la identidad autóctona con la migrante, la sensación de seguridad y protección en público, la cercanía al Profeta y a la religión musulmana y la expresión política de protesta. La motivación para el uso del *hijab* puede ser muy variada e incluir aspectos políticos, identitarios, étnicos, estéticos o incluso de “moda”, además de los religiosos. En cambio, el uso del velo integral parece estar más claramente orientado por una motivación religiosa, aunque también se mencionan otros aspectos; en este sentido, AAVV, *Unveiling the Truth...*, *Op. Cit.* p. 13.

18[□]Killian, C., “The other side of the Veil: North African Women in France Respond to the Headscarf Affair”, *Gender and Society*, Vol. 17, n° 4, 2003.

19[□]Morondo Taramundi D., “El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 30, 2014, pp. 299-301.

20[□]Atasov, Y., *Op. Cit.*, pp. 206, 212, 218-219; Haddad, L., *Op. Cit.*, p. 63. Por otra parte, resulta llamativo el caso de Irán, en donde la imposición del velo, aunque supone de manera muy evidente una opresión de las mujeres, al mismo tiempo ha facilitado su acceso a los espacios públicos y a actividades relacionadas con la “modernidad”; *Vid.*, Amir-Ebrahimi, M., *Op. Cit.*, pp. 458-459.

21[□]Metroscopia, “Valores, actitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana: quinta oleada del barómetro de opinión de la comunidad musulmana de origen inmigrante en España”, Ministerio de Interior / Ministerio de Justicia / Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011.

<http://www.observatorioreligion.es/upload/55/02/Valores_actitudes_y_opiniones_de_los_inmigrantes_de_religion_musulmana_Quinta_oleada_del_barometro_de_opinion_de_la_comunidad_musulmana_de_or.PDF>

Las polémicas relacionadas con el velo islámico no se han limitado al debate público político o ideológico, sino que también han tenido un reflejo jurídico, porque en distintos contextos se ha promovido o bien la imposición o bien la prohibición de su uso.

La imposición legal del uso generalizado del velo en espacios públicos se produce en algunos países de mayoría musulmana, como Arabia Saudí, Irán o la provincia de Aceh en Indonesia. En la mayoría de los países musulmanes no se aplican de manera expresa estas imposiciones normativas, si bien en algunos contextos geográficos o culturales la presión social podría ejercer un notable poder de coacción. En cualquier caso, es patente que este tipo de previsiones son contrarias a la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2, 7, 18 y 19), así como a diversos instrumentos internacionales en esta materia.

Por otra parte, la prohibición generalizada o las restricciones concretas respecto al uso del velo, se han producido tanto en algunos países de mayoría musulmana, como en otros considerados “occidentales”. Cuando se establecen restricciones al uso de unas u otras prendas en los países “musulmanes”, estas suelen aplicarse solo al acceso a determinados edificios públicos o cargos administrativos y se enmarcan en la lucha contra el llamado “islam político” o “islamismo”, que se plantea como una alternativa creíble al orden de poder existente, puesto que goza de un grado de aceptación creciente en estas sociedades²². En cambio, en los países “occidentales”, el debate se vincula más bien a los conflictos derivados de la inmigración masiva y del consiguiente incremento de la diversidad étnica, religiosa, lingüística y cultural, que implican retos para la construcción de las identidades nacionales y para la convivencia intercultural²³. En uno y otro caso, a menudo las normas restrictivas del velo se orientan en gran medida a producir efectos extrajurídicos de carácter simbólico, que terminan superponiéndose a los efectos puramente jurídicos relativos con la resolución de conflictos sociales concretos.

El debate jurídico en Europa se ha centrado fundamentalmente en dos tipos de problemas. En un primer momento, en algunos países se ha planteado la posibilidad de imponer limitaciones o restricciones al velo en el ámbito educativo, ya sea para las profesoras o también para las alumnas²⁴. En un segundo momento se ha propuesto la prohibición del uso del velo integral en la vía pública, edificios públicos y medios de transporte (manteniendo, en su caso, la posibilidad de utilizarlo en los lugares de oración²⁵). Estos debates resultan relevantes para la resolución de los problemas relacionados con el uso del velo en el trabajo, no solo por sus conclusiones, sino

²²En cambio, en Chad y otros países de África occidental, las prohibiciones del velo integral llevadas a cabo en los últimos años parecen estar justificadas directamente en políticas de seguridad frente a los ataques terroristas del movimiento *Boko Haram*, en tanto que se afirma que se está utilizando como camuflaje para perpetrar atentados.

²³En este sentido, *Vid.* Moors, A., “The Dutch and the face-vail: The politics of discomfort”, *Social Anthropology*, Vol. 17, nº 6, 2009; García Pascual, C., “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 33, 2016, p. 52; Fraile Ortiz, M., “Detrás del velo: algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 24, 2005, p. 212; Croucher, S.M., *Op. Cit.*, p. 210. *Vid.* Asimismo, Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott a la sentencia *Achbita*, de 31-5-2016 (parágrafos 2 y 3).

²⁴La prohibición más significativa ha sido la de Francia. En Alemania, la Corte Constitucional. Reino Unido.

también por los argumentos planteados desde las distintas posiciones, que nos revelan la complejidad del problema, en tanto que los mismos principios y valores constitucionales se han utilizado tanto para justificar las restricciones como para cuestionar su legitimidad.

2.1. La prohibición generalizada del velo integral

La prohibición generalizada del velo integral en los espacios públicos, se ha sustentado fundamentalmente en tres tipos de argumentos: los relativos a la discriminación de las mujeres, la necesidad de identificar a los ciudadanos por requerimientos de seguridad y los que se refieren a la convivencia ciudadana. Estos argumentos se han confrontado habitualmente con la libertad religiosa y, en menor medida, con el derecho a la intimidad y con la prohibición de discriminación (normalmente indirecta, por cuanto las restricciones se plantean de manera genérica frente a cualquier cobertura del rostro).

Los argumentos relativos a la igualdad de género han sido muy importantes en los debates políticos y mediáticos, pero, en cambio, han asumido un papel claramente subsidiario en la discusión propiamente jurídica²⁶, seguramente debido a su inconsistencia.

Ciertamente, el uso del velo como práctica sistemática y socialmente sancionada resulta globalmente criticable desde la óptica de género, debido a razones muy diversas, que ya hemos esbozado en el epígrafe anterior²⁷. Ahora bien, estas críticas que pueden legítimamente hacerse al velo como institución social no implican que deba considerarse automáticamente a las mujeres que deciden ponérselo como personas especialmente alienadas, incapaces de tomar sus propias decisiones²⁸ y mucho menos que se las castigue por ello con penas de multa, e incluso -como sucede en Bélgica- de prisión, sufriendo así las consecuencias jurídicas de una medida adoptada en su nombre²⁹. De manera análoga, resulta criticable que en nuestra sociedad sean sistemáticamente las mujeres quienes asuman mayoritariamente las tareas de cuidado,

²⁵Así, por ejemplo, se han planteado prohibiciones para el velo integral en Francia (2011), Bélgica (2011), Holanda (2015, solo para determinados espacios), Austria (2017) y diversas regiones o municipios de Italia, Suiza y España.

²⁶Morondo Taramundi, D., *Op. Cit.*, p. 293-297; García Pascual, C., “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 33, 2016, p. 56.

²⁷En primer lugar, implica una “sobrecarga de trabajo estético” para las mujeres; en segundo lugar, se relaciona frecuentemente con ideales de “modestia” femenina vinculados a una ideología patriarcal; en tercer lugar, los intentos de “resignificar” el velo, liberándolo de su carga histórica alienante no siempre consiguen este efecto, en tanto que los significados de las cosas no dependen solamente de actos de voluntad individuales; en cuarto lugar, al margen de los contenidos simbólicos, algunas de las prendas caracterizadas como “velo” implican restricciones a la actividad física o a la comunicación -de intensidad variable, según la prenda- que se imponen exclusivamente a las mujeres cuando acceden a los espacios públicos.

²⁸Howard, E., “Banning Islamic veils: Is gender quality a valid argument”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 12 (3), 2012, pp. 156-157; Torrekens, C., “La prohibición del velo integral en Bélgica: entre histeria colectiva y política simbólica”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, nº 115, 2017, p. 87.

²⁹Morondo Taramundi, D., *Op. Cit.*, p. 301 y p. 304, asume una perspectiva muy contraria al velo, pero también a la imposición de su prohibición a las mujeres. Resulta especialmente gráfico el ejemplo de la nota al pie 21: una mujer puede optar “libremente” porque su marido tome por ella las decisiones importantes de su vida sin cometer un ilícito. No obstante, eso no implica que el Estado tenga que reconocer política o jurídicamente este tipo de “renuncias”, lo que sí terminaría afectando al principio de igualdad.

pero esto no permite justificar que se sancione a quienes decidan “libremente” asumirlas; estas sanciones, de hecho, serían en sí mismas discriminatorias por razón de género.

Por otra parte, **la discriminación -entendida en sentido jurídico- implica necesariamente que exista un tercero al que pueda imputarse por acción u omisión la conducta**, sin que quepa hablar de “autodiscriminación” más que en términos figurados. De hecho, si realmente se entendiera que el mero acto de “ponerse el velo” constituye, en sí mismo, una discriminación prohibida por el ordenamiento, entonces no debería admitirse bajo ninguna circunstancia ni excepción (ni en el ámbito doméstico, ni en lugares de oración y con independencia de la prenda utilizada), del mismo modo que no cabe ninguna justificación para la violencia de género³⁰. Por supuesto, los derechos fundamentales son irrenunciables, pero en estos casos no existe ninguna renuncia en términos jurídicos³¹. En este sentido, la situación no es equivalente a la de una mujer que concierte un acuerdo matrimonial a través del cual se comprometa “libremente” a salir siempre a la calle con un *niqab*³². Este acuerdo sería nulo, por establecer desigualdades de género en las obligaciones mutuas de los cónyuges, de modo que no generaría obligaciones para la contrayente; esto es independiente de que ella pueda decidir llevar esta prenda en un momento dado.

En otro orden de cosas, los motivos de “seguridad” se refieren a los obstáculos que impone el velo integral para la identificación de las personas que lo portan. En este caso, aunque la justificación aportada apunta a un fin legítimo, pueden suscitarse dudas respecto a la proporcionalidad de una prohibición absoluta y generalizada. En efecto, la finalidad legítima podría verse satisfecha con la obligación de quitarse el velo o de identificarse ante las autoridades cuando las circunstancias lo requirieran³³.

Por último, el argumento relativo a la “convivencia ciudadana” se refiere a la posibilidad de que determinadas comunidades políticas establezcan por consenso unas determinadas reglas de comunicación que se consideren necesarias para la vida en común y que incluyan la posibilidad de plantear “interacciones sociales abiertas”. En este sentido, se entiende que el ocultamiento público del rostro implica una deshumanización del sujeto que se oculta y una falta de disposición por su parte para el establecimiento de relaciones comunicativas con los demás. Este argumento resulta muy cuestionable porque, de un lado, presume que las personas que llevan velo no están dispuestas a interactuar socialmente con los demás, proyectando determinados estereotipos sobre ellas y, de otro lado, da por supuesto que en nuestras sociedades

³⁰ En este sentido, Voto Particular de la juez Tulkens en la STEDH *Leyla Şahin v. Turquía*, Apdo. 12.

³¹ En el caso español, tal vez podría reconducirse el problema a la garantía de la integridad de la persona (art. 15 CE), dado que en ocasiones se admiten restricciones de la libertad individual dirigidas a garantizar la integridad física de los destinatarios (por ejemplo, la obligación de usar cinturón de seguridad). Sin embargo, esto no parece posible en lo que refiere a la integridad moral, puesto que resulta contradictorio configurar su contenido al margen de lo que opine el titular del derecho (como sucedería con el derecho al honor). En sentido similar, Ruiz Ruiz, J.J., “La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, p. 125 (nota 50) afirma que resulta absurdo que la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho fundamental sea proteger a la mujer contra su libre arbitrio.

³² Ruiz Ruiz, J.J., *Op. Cit.*, pp. 121-122, pone el ejemplo del matrimonio polígamo, que sería inválido aunque las contrayentes lo aceptaran voluntariamente, por insertarse en una relación jurídica desequilibrada, lo que no sucede con el mero acto de ponerse el velo.

³³ Sentencia *S.A.S v. Francia*, de 1-7-2014 (apartado 139).

existe un consenso generalizado sobre la obligatoriedad de entablar interacciones sociales abiertas con los demás en la vía pública, idea que no parece compadecerse con la realidad de las sociedades capitalistas modernas. Tal vez se haya querido hacer referencia simplemente a que en algunos países existe un determinado consenso sobre determinadas reglas de interacción social a través de la vestimenta –pautas derivadas de los patrones culturales mayoritarios, pero cristalizadas en la ley restrictiva- que se basan en el hecho de que la cobertura total del rostro puede provocar sensaciones de incomodidad o inseguridad a un número significativo de ciudadanos; en este sentido, la medida pública podría asimilarse a las normas que prohíben, por ejemplo, salir a la calle sin ropa.

De un modo u otro, el argumento relativo a la “convivencia ciudadana” ha sido acogido favorablemente por el TEDH a efectos de admitir la compatibilidad de las prohibiciones de Francia y Bélgica con los derechos reconocidos en el CEDH³⁴. El Tribunal considera que no existe un consenso respecto a esta materia en los Estados parte del convenio³⁵ y que, por tanto, debe existir un margen de discrecionalidad amplio, en virtud del cual algunos países podrían determinar a través de la ley derivada de un proceso democrático, que la “promoción de interacciones sociales abiertas” es un objetivo legítimo que permite establecer restricciones a las manifestaciones de la libertad religiosa.

Por su parte, el TS español ha anulado la disposición contenida en una ordenanza municipal del Ayuntamiento de Lleida que prohibía el acceso a determinados edificios y equipamientos públicos con cualquier vestimenta –religiosa o no- que ocultara totalmente el rostro³⁶. La sentencia se fundamenta la consideración de que las restricciones al ejercicio de la libertad religiosa solo pueden producirse a través de normas de rango legal (Fundamentos 10º y 14º). Ciertamente, el TS también rechaza los argumentos alegados por el Ayuntamiento para fundamentar la prohibición (el principio de igualdad entre hombres y mujeres y la “sensación de inseguridad” que provoca la cobertura del rostro en la “cultura occidental”), aunque lo hace sin prejuzgar la posible intervención restrictiva por parte del legislador, en tanto que este órgano no es competente para controlar la constitucionalidad de las leyes.

2.2. La prohibición en el ámbito educativo

Un segundo grupo de problemas jurídicos vendría dado por las polémicas que se han planteado en diversos países respecto al uso del pañuelo islámico o, en su caso, del velo integral, por parte de alumnas y profesoras en el ámbito educativo³⁷.

34 Sentencias *S.A.S v. Francia*, de 1-7-2014 y *Belcacemi y Oussar v. Bélgica*, de 11-7-2017.

35 Aunque es cierto que no existe consenso en esta materia, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha sugerido (Recomendación 1927 de 2010, apartado 3.13) que no se establezcan prohibiciones genéricas para el uso del velo, si bien incluye diversas excepciones a esta regla general.

36 STS (Contencioso-Administrativo) de 14-2-2013 (Rec. nº 4118/2011).

37 En el Reino Unido, se ha planteado el tema en el caso *R (on the application of Begum) v Headteacher and Governors of Denbigh High School* [2007] 1 AC 100; [2006] UKHL 15; [2006] 2 WLR. 719; [2006] HRLR 21 (conocido como Caso *Begum*), resolviendo el caso en relación a las circunstancias concurrentes sin sentar una doctrina general. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24-9-2003 (BVerfG, 2BVR 1436/02) establece que es necesaria una norma de rango legal para limitar el uso del velo en el ámbito escolar.

En este caso, los planteamientos relativos a la igualdad entre hombres y mujeres han asumido un papel todavía más subsidiario que en el caso de la prohibición absoluta del velo integral³⁸. En este contexto, el principal argumento a favor de las restricciones del velo ha sido el principio de “laicidad” del Estado o de secularización de la educación, del que se ha hecho derivar la inconveniencia de la ostentación de símbolos religiosos en el colegio, la escuela secundaria o incluso -en algunos casos- la Universidad

En último término, el conflicto básico podría reconducirse a un contraste entre la libertad religiosa de las mujeres que deciden ponerse el velo y la libertad religiosa de los demás participantes de la comunidad educativa, en tanto que la laicidad está al servicio de este derecho fundamental. En este sentido, las restricciones del velo fundadas en la libertad religiosa de los demás parecen más fundadas cuando afectan a las profesoras en el sistema público³⁹, especialmente en los niveles educativos dirigidos a personas de menor edad y a las personas que ejercen funciones de especial autoridad; en todo caso, podría defenderse la necesidad de un espacio de expresión individual de las creencias de los profesores que no necesariamente afectaría a la proyección de la imagen institucional del centro. En cambio, el argumento de la laicidad parece menos fundado cuando se aplica al uso del velo por parte de las alumnas⁴⁰ -especialmente de las mayores de edad- si se parte de la consideración de que el principio de laicidad de las instituciones públicas es un instrumento al servicio de la libertad de los ciudadanos. En cualquier caso, aunque el TEDH afirma que es necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso, en la práctica siempre se ha pronunciado -hasta el momento- a favor de la legitimidad de las restricciones al velo en el ámbito educativo, incluso aunque estas se han producido en situaciones muy distintas⁴¹. También en este punto hace referencia a la necesidad de un elevado margen de apreciación de los Estados miembros en una cuestión sobre la que no existe consenso.

3. EL USO DEL VELO EN EL TRABAJO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS TRABAJADORAS

En lo que refiere al ámbito de las relaciones laborales, los conflictos relativos al uso del velo pueden referirse hipotéticamente a cuatro tipos de problemas. El primer grupo de problemas vendría dado por la imposición del velo por parte del empresario; por supuesto, esto se produce fundamentalmente en los países de mayoría musulmana, pero podría plantearse en España en contextos específicos, como “empresas ideológicas”. El segundo grupo de problemas se refiere a la prohibición expresa del uso del velo

³⁸ El principio de igualdad se menciona con carácter accesorio en algunas sentencias del TEDH (por ejemplo, *Dahlab v. Suiza*, de 15-2-2001 y *Leyla Şahin v. Turquía*, de 29-6-2004, Apdo. 107), pero en realidad no se afirma que el velo sea, en sí mismo, discriminatorio.

³⁹ Ruiz Ruiz, J.J., “La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 92, 2011, p. 105.

⁴⁰ En este sentido, Fraile Ortiz, M., “Detrás del velo: algunas actuaciones de las autoridades europeas sobre el uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 24, 2005, p. 221, señala que la prohibición absoluta no resulta adecuada y que sería más oportuno atender a requerimientos específicos del sistema educativo que no pueden verse afectados por la religión (como la seguridad y salud o la necesidad de evitar el absentismo en determinadas clases). Por otra parte, en Suiza, Turquía y Francia se han planteado discrepancias que han llevado a pronunciamientos del TEDH, referidas en la nota siguiente.

⁴¹ S TEDH *Dahlab v. Suiza*, de 15-2-2001 (profesora de niños de corta edad); *Leyla Şahin v. Turquía*, de 29-6-2004 (alumna universitaria en Estado laico); *Kurtulmus v. Turquía*, de 24-1-2006 (profesora asociada universitaria en Estado laico); *Ebrahimian v. Francia*, de 26-11-2015 (no referido a la educación, sino a un establecimiento sanitario público en un Estado laico)

islámico por parte del empresario, en diversos grados de intensidad; la prohibición sería menos intensa cuando se restringiera a determinadas circunstancias o actividades concretas y sería más intensa cuando afectara a todo el tiempo de trabajo (o incluso a situaciones externas a medio laboral). El tercer grupo de problemas derivaría del establecimiento de códigos de indumentaria que resulten incompatibles con el uso del velo; esto puede suceder tanto en los casos en los que se prohíba cualquier signo de carácter religioso o expresivo de unas convicciones determinadas como cuando se impide la cobertura de la cabeza o de la cara. Por último, el cuarto grupo de problemas se refiere a los efectos que la presencia o ausencia del velo puedan tener en la contratación, la pervivencia del vínculo o las condiciones de trabajo, al operar como “rasgo distintivo” que permite adscribir a las mujeres a determinadas categorías personales o sociales.

Todas estas imposiciones, restricciones, prohibiciones o diferencias de trato llevadas a cabo por el empresario pueden afectar a diversos derechos de las trabajadoras afectadas, referidos a distintos preceptos constitucionales [arts. 1.1, 9.2, 10.1, 14 16.1, 18.1, 20.1 a) CE]. A nuestro juicio, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que pueden verse afectados son fundamentalmente tres: a) la libertad de autodeterminación del aspecto físico, y b) la libertad de pensamiento en su dimensión externa y, en particular, la libertad religiosa y c) la prohibición de discriminación, directa o indirecta por motivos de origen étnico, religión o género.

En la resolución de los conflictos en torno al velo, tanto los órganos judiciales como la doctrina tienden a poner el foco principal en uno solo de estos aspectos, y normalmente se centran en la libertad religiosa⁴². No obstante, entendemos que esta perspectiva es incompleta, porque no toma en consideración que la tutela de **la autodeterminación del aspecto, la libertad religiosa y la prohibición de discriminación atienden a intereses distintos entre sí y tienen, por tanto, una lógica diferenciada.**

3.1. La libertad de autodeterminación del aspecto físico

La Constitución Española no hace referencia expresa a la libertad de autodeterminación del propio aspecto. No obstante, parece claro que esta facultad se trata de un bien constitucionalmente protegido, en tanto que se relaciona con el valor supremo de la libertad (art. 1.1 CE) y con las exigencias de garantía de la dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Al tratarse de una libertad básica que tiene una conexión directa e inmediata con estos valores, parece razonable su ubicación entre los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título primero CE.

⁴²El TEDH, en la sentencia *Eweida* (sobre el uso del crucifijo en el lugar de trabajo) y en sus sentencias en torno al velo -que no se refieren al ámbito laboral- ha privilegiado claramente la dimensión de la libertad religiosa, subsumiendo en ella el derecho a la vida privada y prestando poca atención (por motivos comprensibles, que no pueden exponerse aquí) a la prohibición de discriminación. Por su parte, como es natural, el TJUE se enfoca en la prohibición de discriminación, porque la libertad religiosa no ha sido objeto de un desarrollo normativo específico en el ámbito comunitario; aún así, en el discurso se produce una cierta confusión entre discriminación y libertad religiosa. La STS (Contencioso-Administrativo) de 14-2-2013 (Rec. nº 4118/2011), subsume de manera expresa -a nuestro juicio erróneamente- las alegaciones relativas al principio de igualdad con las relativas a la libertad religiosa. Por último, sin argumentarlo de manera explícita, la STSJ (Social) de la Rioja, nº 132/2017, de 22 de junio y SJS nº 1 de Palma de Mallorca, nº 31/2017 de 6-2-2017 se refieren fundamentalmente a la libertad religiosa.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia reiterada del TEDH vincula expresamente esta facultad con el “derecho a la vida privada”⁴³. Por su parte, la CE ha establecido un derecho fundamental “a la propia imagen” (art. 18.1 CE), que no es común en las constituciones de nuestro entorno ni en los tratados multilaterales de derechos humanos. Algunos autores han defendido que la facultad de determinar la propia apariencia física y la indumentaria se enmarcaría en este último derecho más específico⁴⁴. No obstante, tanto el desarrollo legislativo -marcadamente civilista- del “derecho a la propia imagen” como la jurisprudencia temprana del TC apuntan a que su contenido se refiere más bien a la captación de la imagen de la persona a través de medios tecnológicos, así como a la difusión de estos datos⁴⁵. Desde esta perspectiva, la facultad de la persona de determinar su propio aspecto físico se enmarcaría más bien en el ámbito del derecho a la intimidad, en la línea de lo establecido por la doctrina del TEDH. Esta cuestión no es muy relevante, puesto que, de un modo u otro, esta libertad básica se encontraría protegida por la Constitución e incluida en el contenido de un derecho de carácter fundamental situado en la zona de máxima protección. En todo caso, tal vez en algunos casos pudiera alegarse que se ve afectada una dimensión distinta de la intimidad, en la medida que la prohibición del uso del velo afectara a un “sentido del pudor” conformado en torno a pautas culturales minoritarias (de modo que quitarse el velo en público resultara equivalente a desnudarse).

Esta libertad individual de autodeterminación de la imagen es un “principio de optimización”, que debe realizarse en la mayor medida que sea posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales⁴⁶. En este contexto, esta facultad se ve modulada de manera muy significativa en el contexto de la relación laboral, que implica, por su propia naturaleza la asunción -formalmente voluntaria- de una serie de obligaciones contractuales y, por tanto, una cierta capacidad del empresario de modificar el aspecto del trabajador, que, por supuesto, también está sometida a límites.

3.2. La libertad de pensamiento en su dimensión externa

En segundo lugar, la utilización o no del velo también afecta a la libertad de pensamiento en su dimensión externa (*agere licere*) y, en particular, a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). No cabe ninguna duda de que hay muchas mujeres que utilizan el velo islámico porque consideran que esto viene impuesto por su religión y que, por otra parte, otras mujeres se ponen el velo porque, aunque no lo consideran estrictamente obligatorio, si lo entienden recomendable o porque lo utilizan como expresión por su devoción por Dios o su fidelidad a las enseñanzas del Profeta. Por consiguiente, no hay

⁴³ En este sentido, la STC 170/1987 parece desvincular la libertad de determinar el propio aspecto del derecho a la propia imagen, que se vincula a la captación de la imagen, si bien la argumentación no es del todo clara. En cambio la STS (Contencioso-Administrativo) nº 929/2007 de 19-9-2007 adopta una concepción más amplia de la “propia imagen”.

⁴⁴ Cruz Villalón, J., “Derecho a la propia imagen...”, *Op. Cit.*, pp. 66-67 y 70-73; Cuerda Riezu, A., “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 11, 2008, pp. 252-253.

⁴⁵ “[...] las decisiones en cuanto a la apariencia que uno desea mostrar en los espacios públicos y privado, son la expresión de la personalidad de cada uno y por tanto de la vida privada”, STEDH de 1-7-2014, *SAS vs. Francia* (apdo. 107), citando jurisprudencia anterior del mismo órgano. Más recientemente, STEDH de 14-6-2016, *Birzietis vs. Lituania*, en relación con la prohibición de llevar barba en prisión (apdos. 32-33).

⁴⁶ Sobre este concepto, *Vid.*, Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 [Versión original en alemán de 1986], pp. 86-87.

duda de que las restricciones del velo islámico afectan de algún modo a la libertad de comportarse conforme a las creencias religiosas, sin que a estos efectos sea relevante el debate interno que pueda darse entre los musulmanes acerca de si realmente el uso del velo es una exigencia de la fe o solo una conducta más o menos recomendable⁴⁷.

Por otra parte, como se ha visto anteriormente, al margen de los significados estrictamente religiosos, algunas mujeres utilizan el velo como expresión de identidad étnica o como medio de expresión de determinadas ideas políticas. En este caso, también se vendría involucrada la libertad de pensamiento en su dimensión externa, de modo que se trataría del mismo bien jurídico protegido. La Constitución española no proporciona una mayor o menor relevancia a las creencias religiosas respecto a cualquier otro tipo de creencias (ideológicas o filosóficas) y, por tanto, todas ellas son igualmente respetables. Cuestión distinta es que muchas de las mujeres que llevan el velo por motivos religiosos se sientan obligadas a ello por mandato divino, por lo que la prohibición puede afectarles de modo más intenso que si el velo es un mero instrumento contingente para la expresión de sus convicciones. Esto podría tenerse en cuenta en la consideración de la proporcionalidad.

Por último, aunque también podría invocarse la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en realidad no se trataría de un bien jurídico diferente a los anteriores, en tanto que en este caso la expresión de las creencias quedaría subsumida en este caso en la consideración conjunta del derecho a la autodeterminación del aspecto físico y el derecho a ser consecuente con las propias creencias.

Al igual que la facultad de autodeterminación de la imagen, este derecho a comportarse de manera externa conforme a las convicciones personales constituye un “principio de optimización” que, por tanto, en el contexto laboral debe conciliarse con la asunción voluntaria de una serie de obligaciones contractuales en interés del empresario.

3.3. La prohibición de discriminación

Los bienes jurídicos mencionados anteriormente tienen su centro en el daño producido al individuo, porque se refieren básicamente a la garantía de un espacio de libertad individual. En cambio, la prohibición de discriminación (directa o indirecta) se vincula al valor de la igualdad; en este caso, aunque existe un perjuicio a la dignidad de la persona individualmente considerada que merece consideración, también debe tenerse en cuenta el efecto de la diferencia de trato sobre las desigualdades sociales relacionadas con la adscripción a determinados grupos. Por otra parte, la prohibición de discriminación no es un mandato de optimización, sino una regla taxativa⁴⁸ que deba aplicarse en todo caso y que implica que la discriminación “no debe prevalecer” nunca (arts. 14 CE y 21.1 CDFUE). Por este motivo, **la discriminación no se puede**

⁴⁷ Por todas, la STEDH de *SAS v. Francia* de 1-7-2014, Apdo. 108, se refiere a la irrelevancia de que la práctica del velo integral sea minoritaria y discutida, en tanto que responde a creencias religiosas sinceras de suficiente intensidad (lógicamente, el mismo razonamiento debe aplicarse al pañuelo islámico, que está mucho más extendido entre las mujeres musulmanas en el contexto occidental). En el mismo sentido, la STEDH de 15-1-2013, *Eweida y otros v. Reino Unido* (Apdo. 81) indica que, en tanto que las creencias mantenidas por el sujeto tengan un cierto grado de seriedad, contundencia y relevancia, el deber de neutralidad impide al Estado pronunciarse sobre la legitimidad de las prácticas religiosas. En efecto, no corresponde a los poderes públicos pronunciarse respecto a la “verdadera esencia” de las religiones, puesto que esta cuestión afecta únicamente a la conciencia de los creyentes.

⁴⁸ Recuérdese que seguimos aquí la distinción de Alexy, R., *Op. Cit.*, pp. 81 y ss.

“justificar” nunca en sentido estricto, del mismo modo que no es posible admitir en ningún caso la tortura. Por supuesto, el empresario puede defenderse de las alegaciones planteadas por la contraparte, pero su estrategia debe orientarse a argumentar que, en realidad, no se ha producido ninguna discriminación.

La discriminación directa se producirá cuando la trabajadora sufra una diferencia de trato desfavorable causada por la adscripción directa (abierta, oculta o inconsciente) a una categoría o grupo social. La adscripción directa operará cuando se atribuya a la persona la pertenencia a una categoría socialmente construida a partir de uno o varios “rasgos distintivos” y de esa pertenencia se deriven una serie de expectativas, roles sociales, estereotipos y prejuicios (“rasgos atribuidos”), que no guarden una relación necesaria con los rasgos distintivos utilizados para identificar al sujeto⁴⁹. Esta adscripción directa será abierta cuando la atribución se manifieste de manera expresa; en cambio, la adscripción directa podrá ser oculta -o, en su caso, inconsciente-, cuando el proceso de atribución no se haya verbalizado, pero pueda reconstruirse en el proceso judicial a partir de la aportación de uno o varios indicios.

En el caso que nos ocupa, la presencia o ausencia del velo puede vincularse a un número muy amplio de categorías o subcategorías sociales⁵⁰, referidas al origen nacional o étnico (“magrebíes”, “moros”, “árabes”, “personas de países musulmanes”, etc.), a la religión (“musulmana”, “fundamentalista”, “apóstata”, “incumplidora”), al género (“mujer recatada”, “mujer indecente”) o a la intersección entre las categorías anteriores (“mujeres musulmanas”, “mujeres magrebíes”, etc.)⁵¹ Así, por ejemplo, si la persona encargada de un proceso de selección de personal advirtiera que una candidata lleva un pañuelo islámico, podría atribuirle automáticamente la categoría de “mujer musulmana”, proyectando sobre ella determinados rasgos que podría atribuir a esta categoría a través de “correlaciones ilusorias”, como, por ejemplo, la consideración de que no va ser suficientemente asertiva con los varones⁵².

Aunque estos procesos cognitivos no son fácilmente identificables si no se verbalizan, como ya se ha dicho, es posible reconstruirlos en el proceso a través de la presentación de uno o varios “indicios” o principios de prueba. Así, si el superior inmediato hace referencias peyorativas al velo de la empleada y posteriormente aplica una diferencia de trato desfavorable, estas referencias podrían constituir un indicio de discriminación que permitiría redistribuir la carga de la prueba de la conexión de causalidad entre esta

49[□] Vid. Álvarez Alonso, D. y Álvarez del Cuvillo, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 136, 2006, *per totum*.

50[□] En el artículo “El género como categoría y las categorías de género”, *Op. Cit.*, pp. 93 y ss, hemos argumentado que la discriminación puede referirse a subcategorías derivadas una categoría más amplia (por ejemplo, “mujeres que deciden tener hijos”) o por intersección entre categorías (mujeres musulmanas).

51[□] Sobre la aplicación a este supuesto de multidiscriminación por intersección, *Vid.* Álvarez del Cuvillo, A., “El género como categoría y las categorías de género”, *Revista de Derecho Social*, nº 52, 2010, pp. 109-111. Morondo Taramundi, D., *Op. Cit.*, p. 302; Ruiz Ruiz, J.J., *Op. Cit.*, p. 127; Howard, E., *Op. Cit.*, p. 152.

52[□] Valdés Dal-Ré, F., “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en AAVV (coord. María Emilia Casas, Jesús Cruz, Federico Durán), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 596, toma en consideración que la exteriorización de la religión a partir del velo u otros signos distintivos pueda afectar a la decisión de contratar, en cuyo caso la conducta empresarial sería discriminatoria.

diferencia de trato y la pertenencia a la categoría. Lo mismo sucedería si una mujer decidiera empezar a ponerse el velo en el trabajo y desde ese mismo momento se produjera una conducta perceptible de hostilidad hacia ella que se terminara traduciendo en diferencias de trato. En este sentido, también podrían reconstruirse supuestos de discriminación directa en los casos en los que se prohibiera el uso del velo en trabajo, cuando los indicios apuntaran a que la causa de la medida empresarial no fuera otra que la animadversión hacia las personas de religión musulmana o a quienes proceden de países mayoritariamente musulmanes⁵³. Por ejemplo, si un empresario prohibiera el uso de símbolos musulmanes, pero permitiera cualquier otro símbolo de otras religiones, ideologías o creencias, existiría un indicio que permitiría sospechar, *prima facie*, que la causa de la diferencia de trato no sería otra que la adscripción de la trabajadora a este colectivo religioso.

En estos casos, la estrategia de defensa del empresario puede orientarse a desvirtuar los indicios presentados, o bien a justificar suficientemente su conducta, desvinculándola completamente de cualquier motivación discriminatoria. Así, en caso de que se alegara una diferencia de trato en la contratación o en las condiciones de trabajo causada por la adscripción al grupo religioso, étnico o de género, el empresario podría acreditar que este tratamiento es totalmente ajeno a la atribución de cualquier categoría personal o social a la persona que lleva el velo. En cambio, en los supuestos en los que los indicios de discriminación directa derivaran de una política de prohibición o restricción del velo, el empresario podría intentar justificar que, en este caso, la ausencia del velo constituye un “requisito profesional esencial y determinante” para el desarrollo de las tareas contratadas (art. 34.2. 2º párr. Ley 62/2003), puesto que se trataría de una característica relacionada con las categorías objeto de discriminación, pero no coincidente con ellas. De este modo, el empresario conseguiría introducir una cierta desvinculación de la diferencia de trato con la adscripción a la categoría, pero, dado que este requisito profesional es también un “rasgo distintivo” de la categoría, se produciría un impacto desfavorable sobre las personas pertenecientes a ellas, de modo que el legislador se remite al esquema de justificación de la discriminación indirecta⁵⁴.

En otro orden de cosas, **los supuestos de “imposición” del velo por parte del empresario normalmente pueden caracterizarse como casos de discriminación directa por razón de género**. Como se ha visto anteriormente, todas las formas del velo -incluso el pañuelo islámico- pueden ser razonablemente percibidos como símbolos de contenido sexista, debido a su vinculación histórica con determinados ideales de modestia femenina propios de un contexto social marcadamente patriarcal. Ciertamente, esta lectura no es unívoca, pero ello no impide que muchas mujeres puedan considerarse legítimamente agredidas si se les impone el uso del velo, ya sea porque ellas mismas lo interpreten como un signo de sometimiento al varón o porque consideren que pueden proyectar a terceros este mensaje de sumisión al orden patriarcal. En este sentido, el supuesto es similar al enjuiciado en la STS (Social) de 19-4-2011 en relación con la obligatoriedad de un uniforme determinado para las enfermeras de los *Hospitales Pascual*⁵⁵. En este caso, el TS consideró que el uniforme

⁵³Vid. Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott en el caso *Achbita*, Apartado 55.

⁵⁴En este sentido, la STJUE de 17-4-2018, dictada en el asunto C-414/16, *Egenberger* (Apdos. 68 y 69) indica que es necesario hacer un juicio de proporcionalidad, aunque no venga expresamente exigido por el texto de la directiva.

⁵⁵STS (Social) de 19-4-2011 (Rec. nº 16/2009). En todo caso, aunque la sentencia es acertada en el fallo, acude a un razonamiento incorrecto porque acude al esquema de justificación de la discriminación

requerido tenía un “cierto contenido sexista” y que, por tanto, su imposición resultaba discriminatoria, pero al mismo tiempo afirmó que se trataba de un uniforme perfectamente digno y admisible para las trabajadoras que lo llevaban por elección propia. Este razonamiento parece contradictorio, pero a nuestro juicio lo que quiere decir es que resulta razonable interpretar que la indumentaria requerida tiene una carga peyorativa, pero que esta lectura no es la única posible, de manera que lo que resulta discriminatorio no es que se permita utilizar este uniforme, sino el hecho de que no se ofrezcan alternativas para las personas que lo consideren ofensivo.

En muchos casos, las prohibiciones o restricciones empresariales del uso del velo no permitirán reconstruir supuestos de discriminación directa, porque no permitan atribuir directamente la pertenencia al grupo a las personas afectadas. Así sucederá normalmente cuando se planteen prohibiciones generalizadas del uso de cualquier signo expresivo de convicciones religiosas, políticas o filosóficas en el trabajo⁵⁶ o cuando se impida la cobertura del rostro o de la cabeza en el desarrollo de las tareas, con independencia de cuál sea la prenda que se use y de cuáles sean las motivaciones de los trabajadores. En estas circunstancias, las medidas empresariales se plantean de manera aparentemente neutra, pero pueden generar un impacto desfavorable sobre las mujeres musulmanas y sobre otros colectivos étnicos o religiosos. Por este motivo, estos casos pueden reconstruirse en el proceso como supuestos de discriminación indirecta. Por supuesto, también es posible plantear las alegaciones de discriminación indirecta de manera subsidiaria, en casos en los que el carácter neutro de la medida no sea tan claro, para el caso de que el juez no aprecie la concurrencia de indicios de discriminación directa.

Como es sabido, cuando se justifique suficientemente que la medida empresarial aparentemente neutra produce un impacto desfavorable sobre determinados grupos étnicos, religiosos y de género, el empresario deberá sustentar que dicha medida se justifica en un objetivo legítimo y que los medios empleados para satisfacerlo son adecuados y necesarios. En este sentido, el esquema de justificación es formalmente idéntico al que se aplica en los derechos de carácter puramente individual como la libertad religiosa o la libre determinación del aspecto físico. Sin embargo, como se verá más adelante, la ponderación es diferente, porque en este caso no se refiere solo al daño a la dignidad de un individuo determinado, sino también a los efectos de esta pauta empresarial sobre las relaciones sistemáticas de desigualdad entre los grupos humanos.

4. EL OBJETIVO LEGÍTIMO: POSIBLES FINALIDADES DEL EMPRESARIO PARA LA RESTRICCIÓN O IMPOSICIÓN DEL VELO

Como ya se ha señalado, en los casos en los que las prohibiciones o restricciones al uso del velo en el trabajo afecten a la prohibición de discriminación indirecta, al derecho a la autodeterminación del propio aspecto y a la libertad de pensamiento en su dimensión externa, no pueden resultar arbitrarias o basarse en un mero acto de voluntad, sino que tienen que basarse en un objetivo legítimo del empresario, vinculado a las obligaciones contractualmente adquiridas por el trabajador de manera implícita o explícita.

Esta finalidad legítima debe estar alejada de cualquier propósito discriminatorio. Así pues, la medida restrictiva no puede fundamentarse en estereotipos o generalizaciones relativos a las personas de religión musulmana o de determinados orígenes étnicos,

indirecta, cuando, en realidad, la diferencia de trato se aplica directamente a las mujeres.

⁵⁶ Así sucedía en el caso enjuiciado en la STJUE de 14-3-2017, dictada en el asunto C-157/15, *Achbita*.

puesto que en tal caso se trataría de una discriminación directa. Tampoco resulta posible prohibir el velo por considerar que vulnera la dignidad de las mujeres que lo llevan voluntariamente. Como ya se ha argumentado, el hecho de que el velo sea criticable desde la perspectiva de género no implica necesariamente que sea, en sí mismo, discriminatorio y, en todo caso, si lo fuera, su uso habría de estar prohibido en toda circunstancia y no solo en el ámbito laboral; en este sentido, el empresario no puede erigirse en guardián de un hipotético orden público que la ley no ha determinado.

En este trabajo nos ocuparemos de tres tipos de finalidades empresariales diferentes, que en ocasiones se han alegado en procesos judiciales relativos a la prohibición del uso del velo: los obstáculos para la realización adecuada de la prestación laboral debido a la naturaleza física de las distintas prendas caracterizadas como “velo”, el derecho de la empresa a determinar su “imagen pública” y, en particular, la “laicidad” o “neutralidad ideológica” y, por último la consideración a las preferencias de los clientes, que podrían sentirse incomodados por el uso del velo. Por otra parte, la imposición del velo solo parece *a priori* responder a una finalidad legítima en los puestos de tendencia desempeñados en empresas dedicadas a la propagación de versiones del islam que lo consideren obligatorio o conveniente.

4.1. Los obstáculos físicos para la realización de la prestación laboral

En ocasiones, las restricciones al uso del velo islámico en el trabajo están relacionadas con su propia configuración física -al margen de interpretaciones simbólicas-, en la medida en que esta implique dificultades para el cumplimiento de las obligaciones laborales de la trabajadora. Por supuesto, estas dificultades varían en función de cuál sea la prenda concretamente utilizada.

Incluso el *hiyab* o pañuelo islámico puede interferir en algunos casos con necesidades derivadas de la prevención de riesgos laborales (por ejemplo, con el uso obligatorio de casco)⁵⁷ o con normas de seguridad alimentaria⁵⁸. Otras prendas que implican un mayor ocultamiento de las formas del cuerpo -como el *chador*- podrían implicar dificultades de movilidad que afectarían a la eficacia de determinadas tareas físicas y que en ocasiones podrían tener una cierta repercusión en la prevención de riesgos laborales. Asimismo, las prendas que implican una ocultación total o parcial del rostro (*niqab*, *sitar*, *burka*) afectan claramente a la comunicación no verbal y limitan las posibilidades de interacción, resultando en principio inadecuadas para puestos de atención al público en los que la comunicación tenga un papel de cierta importancia⁵⁹. Por último, es posible que en determinados puestos de trabajo pueda ser necesario, por motivos de seguridad, que los trabajadores estén identificados en todo momento, lo que impediría también el uso del velo integral por motivos distintos a las necesidades de comunicación.

⁵⁷Vid. Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott en el caso *Achbita*, Apdo. 82 y Conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston en el caso *Bouagnaoui*, Apdo. 99.

⁵⁸En este sentido, Vid. SSTSJ (Social) de la Rioja, nº 131, 132 y 133 de 22 de junio de 2017. La indumentaria requerida incluía un gorro reglamentario que cubría el pelo, pero no el cuello -que las trabajadoras consideraban necesario tapar-. La empresa no permitía ningún tipo de indumentaria exterior a la proporcionada por ella, debido a los riesgos de contaminación del producto, de modo que no era posible ponerse el pañuelo islámico por encima del gorro, aunque sí recogerlo por debajo. Puede consultarse un comentario de este caso en Molina Navarrete, C., “La ‘norma de certificación de calidad’ no sabe ni de libertad religiosa (*hiyab*) ni de indumentaria (*sudaderas*): extensión y límites del derecho de protección de la diversidad”, *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 419, 2018.

⁵⁹Vid. Conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston en el caso *Bouagnaoui*, Apdo. 130.

Este tipo de argumentos relacionados con los aspectos “materiales” o “físicos” de la prenda resultan especialmente convincentes y normalmente tienen una mayor fuerza retórica que los que se refieren a los aspectos simbólicos del velo. Como se ha visto, las interpretaciones de los significados del velo pueden ser muy diversas, e incluso contradictorias entre sí, lo que provoca una mayor incertidumbre respecto a la licitud de prohibición. Asimismo, el carácter relativamente “objetivo” de este tipo de argumentos resulta especialmente apropiado para descartar que la causa de la restricción se base en realidad en la adscripción a una categoría estigmatizada o en la voluntad de combatir por medios antijurídicos las creencias religiosas de los demás. Así, resulta significativo que el TEDH, en la sentencia *Eweida* (referida, eso sí, al crucifijo y no el velo islámico), realiza una ponderación distinta en función de si los motivos alegados se refieren a factores materiales o simbólicos⁶⁰.

4.2. La “imagen pública” de la empresa

Una segunda razón que podría aducir la empresa para imponer restricciones al uso del velo podría ser la gestión de su imagen pública. En efecto, para todas las organizaciones productivas -tengan o no una finalidad lucrativa- resulta de enorme importancia la planificación de la imagen que proyectan a través de diversos elementos visuales o discursivos que provocan efectos conscientes o inconscientes en los consumidores y usuarios. Esta capacidad de las empresas de autodeterminar su imagen es inherente a su configuración como organizaciones y, por tanto, forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE); en otros supuestos más específicos –como el de las empresas “de tendencia”-, podrían invocarse, además, otros preceptos constitucionales (arts. 16.1, 16.3, 22.1, 27.1, 27.3 CE). Algún autor ha defendido incluso la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares del “derecho a la propia imagen” (art. 18.1 CE), aplicándose argumentos análogos a los que han llevado a la jurisprudencia a reconocerles la titularidad del derecho al honor⁶¹.

Para conseguir el propósito de proyectar una imagen determinada de cara a los consumidores y usuarios, las empresas recurren a un abanico muy diverso de elementos impersonales -marcas, logotipos, estética de los productos, publicidad, arquitectura de los edificios, decoración, etc.-, pero también a menudo necesitan alterar o modificar la apariencia de los trabajadores, promoviendo cambios en la indumentaria, expresión

⁶⁰ STEDH de 15-1-2013, *Eweida y otros v. Reino Unido*. En uno de los supuestos enjuiciados, se considera que las autoridades nacionales concedieron “demasiado peso” al objetivo legítimo de la empresa de proyectar una imagen corporativa (apartado 94); en cambio, en el caso de la señora Chaplin, se entiende que la protección de la salud y la seguridad en una planta hospitalaria es “de una magnitud mayor” que la finalidad de determinación de la imagen de la empresa alegada en el supuesto anterior (apartado 99).

⁶¹ Cruz Villalón, J., *Op. Cit.*, pp. 73-78. El profesor Cruz considera, por tanto, que la autodeterminación de la imagen de las personas jurídicas se encuentra entre los derechos fundamentales que gozan del máximo nivel de protección, si bien lo sitúa, en términos axiológicos, en un rango inferior al derecho a la propia imagen de las personas físicas. En nuestra opinión, esta diferencia de valor solo puede atribuirse a que ambos derechos tienen un fundamento distinto, en la medida en que la autodeterminación de la imagen de las personas físicas deriva de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, mientras que la determinación de la imagen de la empresa, en la mayoría de los casos, se remite, en realidad, a la libertad de empresa en el contexto de una economía de mercado, que en el marco constitucional es un instrumento de organización social al servicio de la dignidad humana. Por tanto, nosotros no situaríamos este derecho en el marco del art. 18 CE, salvo cuando se acreditara que la imagen de la empresa afectara significativamente a derechos de la personalidad de sus dirigentes.

facial, posturas y lenguaje no verbal, apariencia física, etc. Por este motivo, algunos autores han desarrollado la noción de “trabajo estético”, que se superpone a las más conocidas de trabajo físico, intelectual y emocional⁶². La apropiación del trabajo estético por parte del empresario es perfectamente legítima en un orden capitalista -al igual que sucede con los demás tipos de trabajo- y se fundamenta jurídicamente en la asunción voluntaria de determinadas obligaciones contractuales por parte del trabajador, pero lógicamente debe ponderarse con la garantía de los derechos fundamentales de la persona.

Ahora bien, la fuerza relativa de esta finalidad legítima depende de la imagen que pretenda proyectar hacia el mercado y el público en general. Por supuesto, no puede admitirse bajo ningún concepto que el mensaje que se pretenda proyectar sea precisamente el de la exclusión de colectivos étnicos o religiosos, puesto que en tal caso nos encontraríamos ante una discriminación directa que, como hemos visto, no puede justificarse de ningún modo, tampoco por razones económicas.

Por otra parte, parece claro que la voluntad del empresario de que los trabajadores se atengan a unas reglas comunes de uniformidad es suficiente como para modular el derecho de autodeterminación de la imagen de los trabajadores en sí mismo considerado, siempre que se plantee en términos proporcionados. En cambio, cuando se introducen bienes jurídicos adicionales como la prohibición de discriminación indirecta o la libertad de pensamiento en su dimensión externa, el juicio de proporcionalidad parece más exigente, por cuanto sería necesario determinar si es posible mantener la finalidad de la uniformidad permitiendo algún tipo de expresión de creencias religiosas⁶³.

Una razón más persuasiva que la mera uniformidad sería la proyección de una imagen de neutralidad respecto a las distintas creencias ideológicas, filosóficas, políticas o religiosas. El TJUE se ha ocupado de un supuesto de este tipo en la sentencia *Achbita*⁶⁴, relativa a una política general de empresa según la cual los trabajadores no podían utilizar en el ejercicio de sus funciones ningún símbolo relativo a sus convicciones ideológicas o religiosas. Como indica el Tribunal, una medida como esta no constituye discriminación directa, por cuanto no se dirige a las personas de ninguna creencia en particular (Apdos. 30-32). No obstante, en caso de que se acredite una

⁶²Witz, A., Warhurst, D., Nickson, D., “The Labour of Aesthetics and the Aesthetics of Organization”, *Organization*, Vol. 10, núm 1, 2003; Waring, P., “Keeping us Appearances: Aesthetic Labour and Discrimination Law”, *Journal of Industrial Relations*, nº 52; Warhurst, C. y Nickson, D., “Who’s Got the Look: Emotional Aesthetic and Sexualized Labour in Interactive Services”, *Gender, Work and Organisation*, Vol. 16. n. 3, 2009.

⁶³En relación con el velo islámico, la SJS nº 1 de Palma de Mallorca, nº 31/2017 de 6-2-2017 toma en consideración el dato de que la empresa no tenía una política específica de neutralidad respecto a la proyección de las convicciones de los trabajadores, sino que la prohibición del velo se trataba de una exigencia meramente estética; ciertamente la empresa hacía referencia a la “neutralidad” en determinados documentos, pero parece que más bien hacía referencia a la anulación de cualesquiera expresión de personalidad por parte de los trabajadores derivada de la uniformidad. En sentido similar se pronuncia también la STSJ (Social) Baleares, nº 457 de 9-9-2002 en relación con un conductor de autobús practicante del judaísmo que pretendía cubrirse la cabeza con una gorra en señal de respeto a la divinidad; esta “individualización” de un aspecto del uniforme se admite porque no responde a un mero criterio estético personal, sino que se relaciona con sus convicciones religiosas. Asimismo, como ya se ha visto, la STEDH de 15-1-2013, *Eweida y otros v. Reino Unido* considera que el legítimo derecho de la empresa a proyectar una determinada imagen corporativa tiene menos peso que la libertad de expresión de las creencias religiosas, al menos en las circunstancias en que se produjo el caso de la señora Eweida.

⁶⁴STJUE de 14-3-2017, dictada en el asunto C-157/15, *Achbita*.

desventaja particular para determinados colectivos, podría plantearse la posibilidad de discriminación indirecta (Apdo. 35). A nuestro juicio, este impacto desfavorable sería fácil de argumentar en caso de que en la empresa hubiera personas pertenecientes a colectivos religiosos que se vieran obligados a exhibir determinados símbolos de la religión, como sucede con las mujeres musulmanas, según determinadas interpretaciones muy extendidas -aunque no unánimes- en el mundo islámico. En todo caso, el TJUE indica también, con buen criterio, que la proyección de una imagen de neutralidad constituye una finalidad legítima (apartados 37-38), lo que permitirá desvirtuar las alegaciones de discriminación indirecta, siempre que los medios sean adecuados y necesarios y que los resultados sean proporcionados.

Esta imagen de neutralidad podría resultar particularmente importante en el ámbito de la Administración Pública en la medida en que se considere oportuno para garantizar el principio de laicidad y la libertad religiosa de los demás. La Constitución Española no establece expresamente el principio de laicidad ni a la neutralidad política, aunque sí hace referencia a la aconfesionalidad del Estado (16.3 CE) y al pluralismo político (art. 1.1 CE). Los poderes públicos no pueden, en sí mismos, identificarse con ninguna ideología, religión o creencia más allá de los valores comunes determinados en el texto constitucional. En este contexto, resulta necesario distinguir entre la exhibición de símbolos religiosos por parte de las instituciones del Estado y la posibilidad de que los funcionarios y trabajadores de la Administración tengan un mínimo espacio para expresar sus convicciones a título individual. Así, por ejemplo, no es lo mismo que se pongan crucifijos en las paredes de los edificios públicos, mientras que resulta más difícil determinar si se debe permitir a los funcionarios públicos el uso de símbolos religiosos en el ejercicio de sus funciones. Esto último necesariamente depende de las circunstancias concurrentes, por ejemplo, de si el puesto implica un especial ejercicio de autoridad o si el símbolo es discreto u especialmente “ostentoso”. En ausencia de normativa específica sobre esta cuestión, entendemos que los símbolos religiosos en la indumentaria individual solo deberían entenderse contrarios a la aconfesionalidad del Estado en los casos más extremos, en los que la proyección de la imagen afecte claramente a la institución. Esto sucedería, por ejemplo, respecto a los funcionarios en puestos de autoridad que ejerzan un poder directo sobre los ciudadanos o también en puestos de atención al público cuando se utilice el velo integral.

4.3. La consideración de las preferencias de los clientes

La finalidad empresarial de tomar en consideración las preferencias de los clientes guarda relación con la pretensión de proyectar una imagen de neutralidad, pero implica algunos matices adicionales, que, en general, reducen su eficacia justificativa de manera muy importante.

De hecho, el STJUE ha negado validez a este argumento en la sentencia *Bouagnaoui*, subrayando que tiene un carácter puramente subjetivo (Apdo. 40). Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en este caso, la cuestión prejudicial se refería exclusivamente a si esta motivación constituía un “requisito esencial y determinante”. Esta justificación – que, como hemos visto, permite excluir incluso la posibilidad de la discriminación directa en determinadas condiciones- se ha entendido siempre por el TJUE como un requisito excepcional que debe ser interpretado restrictivamente (Apdo. 38) y que, en el

caso de la religión, parece más apropiado para la realidad de las “empresas de tendencia”⁶⁵.

Tal vez en este caso la cuestión se podría haber abordado desde la perspectiva de la discriminación indirecta⁶⁶, justificándose que la consideración de las preferencias de los clientes constituye una justificación objetiva equiparable a la proyección de una imagen de neutralidad ideológica, pero que produce un menor daño a la trabajadora, dado que solo se le obliga a quitarse el velo cuando desempeña determinadas tareas frente a clientes muy concretos. El problema que tendría este argumento es que, aunque efectivamente la afectación a la libertad religiosa es más reducida, resulta más difícil de presentar como una medida aparentemente neutra si deriva del capricho de los clientes individualmente considerados en lugar de una política sistemática de la empresa de gestión de su imagen pública. De hecho, es muy posible que estas preferencias de los clientes estén guiadas por generalizaciones y estereotipos de carácter discriminatorio, de manera que, en la mayoría de los casos, la mera alegación de esta finalidad podría constituir un indicio de discriminación⁶⁷. Así pues, este objetivo solo podría justificar las restricciones del velo en situaciones determinadas cuando fuera posible desvincularlo totalmente de cualquier motivación discriminatoria.

4.4. La obligación de llevar el velo en puestos de tendencia

Como ya se ha apuntado, el único supuesto en el que parece posible imponer el uso del velo a las trabajadoras es el de los puestos de tendencia de las organizaciones “ideológicas” cuya actividad se dedique a propagar el Islam (en realidad, interpretaciones de esta religión en las que el velo sea obligatorio o conveniente). En este caso, el velo podría entenderse como un “requisito profesional esencial y determinante” si cumple los requisitos señalados por la jurisprudencia comunitaria⁶⁸.

En estos casos estaría plenamente justificada la exigencia desde el punto de vista de la libertad de autodeterminación de la imagen del trabajador y de la libertad de

⁶⁵ Camas Roda, F., “El uso del velo islámico en el puesto de trabajo: formas diversas de abordar el conflicto por los tribunales nacionales y el TJUE (Comentario a la SJS núm. 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017, res. núm. 31/2017, en relación con las SSTJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-188/15 y C-157/15), *Estudios Financiero: Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 410, 2007, p. 125.

⁶⁶ Las Conclusiones de la Abogado General parten de la consideración de que se trata de una discriminación directa, a partir de una argumentación que, a nuestro parecer, resulta errónea porque confunde la prohibición de discriminación por razón de religión con la libertad religiosa. Así pues, aplica un “test de sustitución” según el cual cualquier prohibición del velo sería, en realidad, una discriminación directa. En realidad, cualquier prohibición del velo afecta directamente a la libertad religiosa, pero solo será discriminación directa cuando tenga su causa en la adscripción de la persona al grupo religioso (en este caso sucedería si las preferencias de los clientes estuvieran causadas por la animadversión a los musulmanes).

⁶⁷ *Vid.* Conclusiones de la Abogado General Sra. Sharpston en el caso *Bougnoui*, Apdo. 133. En este sentido, el caso sería similar al de la STJUE de 10-7-2008, dictada en el asunto *c-54/07, Feryn* sobre discriminación por motivos raciales y étnicos en relación con los estereotipos y prejuicios atribuidos por el empresario a sus clientes.

⁶⁸ Debe haber un vínculo directo entre el requisito exigido y la actividad profesional requerida; esta actividad profesional debe ser esencial para garantizar el desarrollo de la ética de la religión o la autonomía religiosa; la amenaza al desenvolvimiento de la libertad religiosa debe ser seria, haciendo necesaria la imposición del requisito; no puede perseguirse un objetivo ajeno al cumplimiento de esta finalidad; debe atenderse al principio de proporcionalidad (Apdos. 60-69) STJUE *Egenberger* de 17-4-2018. Véase también el análisis doctrinal de Valdés Dal-Ré, F., *Op. Cit.*, pp. 573-574.

pensamiento. Aunque resulta más dudoso, también parece que en estos casos no se daría discriminación por razón de género en tanto que puede presumirse que, para las personas que desarrollan puestos de tendencia en organizaciones de carácter religioso que difunden visiones del Islam para las que es importante el uso del velo, esta prenda no debe implicar un atentado a la dignidad por su posible contenido simbólico.

Esta excepción debe aplicarse exclusivamente a organizaciones y puestos de carácter estrictamente religioso y en la medida que el uso del velo sea realmente necesario para el desempeño de las tareas. Más allá de estos supuestos, puede haber empleadores que tengan un interés legítimo en proyectar una imagen de diversidad étnica o religiosa o incluso una imagen de confesionalidad; así, por ejemplo, podría suceder respecto a las empresas dedicadas a la producción o distribución de carne *halal*. Aunque este interés legítimo puede condicionar la libertad de determinación del propio aspecto y las manifestaciones externas de la libertad religiosa, no permite justificar la imposición del velo a una mujer que se niega a utilizarlo, puesto que, como se ha indicado, la discriminación directa no admite justificación y, en este caso, no existe un requisito profesional esencial o determinante, sino una mera conveniencia empresarial.

Por otra parte, tampoco parece suficientemente justificada la imposición del velo en situaciones determinadas para “adaptarse a las preferencias de los clientes”. Esto sucedería, por ejemplo, si se obligara a llevar velo a una mujer para cerrar un trato con un empresario musulmán de creencias ortodoxas. Esta conveniencia empresarial no permite justificar la imposición a la mujer de un símbolo que puede considerar opresivo o denigrante.

5. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Como es sabido, el esquema de justificación establecido por la jurisprudencia del TEDH y del TC para la ponderación de los derechos fundamentales que son “principios de optimización” con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos implica que debe valorarse la proporcionalidad de la medida cuestionada en tres fases sucesivas: juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁶⁹. Este esquema coincide formalmente con el previsto por la normativa comunitaria y por la jurisprudencia del TJUE y el TC para los supuestos en los que se alegue la concurrencia de discriminación indirecta por advertirse un impacto desfavorable de una pauta aparentemente neutra sobre determinados colectivos o grupos sociales.

El juicio de adecuación implica una conexión de razonabilidad entre la medida cuestionada –en este caso, las restricciones al uso del velo- y el objetivo pretendido. Así pues, en los casos en los que la finalidad alegada por el empresario sea el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales o de seguridad alimentaria, deberá precisarse suficientemente el vínculo entre el uso del velo y esta reglamentación. Del mismo modo, cuando se alegue un perjuicio empresarial derivado de las limitaciones al rendimiento laboral que puedan provocar las prendas restringidas, deberá argumentarse suficientemente que estas limitaciones son reales y que no derivan de meros

⁶⁹ En este sentido, por su claridad puede citarse, por todas, la STC 186/2000 (F6). Aunque este esquema se concibió inicialmente para evaluar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales llevadas a cabo por los poderes públicos, también resulta de aplicación

estereotipos. Así, por ejemplo, sería inadecuado prohibir el velo en todas sus formas, aludiendo simplemente a los problemas para la comunicación que implica la cobertura total o parcial del rostro, dado que no todas las modalidades de velo implican esta cobertura. Por otra parte, de acuerdo con la doctrina del TJUE, para que exista una conexión de razonabilidad entre la prohibición del uso de símbolos religiosos y la proyección de una imagen de neutralidad para la empresa, es necesario acreditar que el régimen de neutralidad pretendido se persigue de forma congruente y sistemática⁷⁰.

El juicio de necesidad implica la búsqueda de un modo de satisfacer los objetivos legítimamente perseguidos por el empresario que implique una menor afectación de los derechos constitucionales en juego. Así pues, en primer lugar, es preciso plantearse si es posible llevar a cabo medidas alternativas que permitan alcanzar la finalidad requerida sin restringir el uso del velo. En caso contrario, se debe tomar en consideración la posibilidad de establecer que la prohibición se limite a lo estrictamente necesario. Así, por ejemplo, deben aplicarse restricciones exclusivamente a las tareas en las que se produce alguna incompatibilidad con las obligaciones laborales. Asimismo, también es posible concebir la admisión del velo, pero estableciendo determinados condicionamientos (como el tipo de velo, los colores o su tamaño) con objeto de que su uso se adapte a las necesidades empresariales⁷¹.

En los ordenamientos jurídicos estadounidense y canadiense, entre otros, el empleador tiene un deber de llevar a cabo ajustes razonables (*reasonable accommodations*) del puesto de trabajo a las creencias religiosas o a la discapacidad del trabajador, siempre que ello no produzca una dificultad indebida (*undue hardship*), que implique una carga significativa para el interés empresarial. En el ámbito comunitario en general -y en el ordenamiento jurídico español en particular-, este deber solo se ha previsto expresamente para la discriminación por razón de discapacidad⁷². A nuestro juicio, esto implica que no existe un deber del empresario de llevar a cabo una política activa de gestión de la diversidad de origen y religiosa, por más que esta política resulte adecuada y deseable⁷³.

En todo caso, **el juego combinado del juicio de necesidad y del principio de buena fe contractual puede llevar, en la práctica, a consecuencias similares a las que implican los “ajustes razonables” en el derecho norteamericano**⁷⁴. En efecto, si la adaptación del puesto de trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales de la trabajadora puede realizarse sin coste ni perjuicio alguno para el empresario, carece de justificación que

⁷⁰ STJUE *Achbita*, Apdo. 40, basándose en doctrina anterior respecto al requisito de adecuación.

⁷¹ [□]*Vid.* Conclusiones de la Abogada General Sra. Sharpston en el caso *Bougnoui*, Apdo. 123.

⁷² Subraya esta diferencia entre el modelo norteamericano y el modelo europeo, Valdés Dal-Re, F., *Op. Cit.*, pp. 597-606.

⁷³ En este sentido se pronuncia la STC 19/1985, indicando que no puede imponerse al empresario un régimen de jornada adaptado a las creencias religiosas del individuo, aunque esta adaptación sería en sí misma una medida razonable. Sobre las políticas de gestión de la diversidad de origen, *Vid.* Álvarez del Cuvillo, A., “Inmigración y negociación colectiva: igualdad y gestión de la diversidad”, en AAVV (Coord. Ricardo Escudero Rodríguez), *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, Madrid, Cinca, 2010 pp. 423-462.

⁷⁴ [□] Algunos autores proponen la aplicación de esta doctrina de los “ajustes razonables” en la interpretación de la discriminación por motivos religiosos en el contexto europeo; en este sentido, *Vid.* Gibson, M., “The God ‘Dilution’? Religión, Discrimination and the Case for Reasonable Accomodation”, *Cambridge Law Journal*, n. 72, 3, 2013, *per totum*; Sledzinska-Simon, A. “Is there a place for the Islamic veil in the workplace? Managerial prerogatives and the duty of reasonable accommodation in the EU anti-discrimination governance”, *ERA Forum*, Vol. 17, n.2. pp. 205 y 217-218.

este se niegue a realizar estos ajustes. En este contexto, la STJUE *Achbita* (Apdos. 42 y 43) señala que el juicio de necesidad implica, no solo que la prohibición debe restringirse a las tareas de atención al público -puesto que se fundamenta en la proyección de una imagen de neutralidad-, sino también que es preciso tener en cuenta la posibilidad de que la empresa ofrezca a la trabajadora demandante un puesto de trabajo que no implique tareas de este tipo; en cualquier caso, este ofrecimiento solo resulta exigible si no supone una carga adicional para la empresa, tomando en consideración sus limitaciones. En cambio, si la adaptación del puesto de trabajo implica un perjuicio -aunque este sea mínimo-, parece que no quedaría desvirtuado el juicio de necesidad, si bien hay que tener en cuenta que posteriormente la intensidad de este perjuicio será relevante en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por este motivo, aunque no puede decirse que exista un deber jurídico de adaptación del puesto de trabajo a las convicciones religiosas o el origen étnico de los trabajadores, seguramente resulte aconsejable para el empresario intentar este ajuste negociando informalmente y de buena fe con el trabajador. De este modo se reduce la incertidumbre respecto a la legitimidad de las eventuales restricciones que finalmente se impusieran.

Por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en la consideración del equilibrio entre el beneficio causado por la aplicación de la medida y los perjuicios sufridos a otros bienes e intereses dignos de protección.

En este contexto, el hecho de que la restricción al uso del velo en el trabajo afecte al mismo tiempo a distintos bienes jurídicos resulta relevante a efectos de considerar su intensidad o gravedad⁷⁵. Por este motivo, el hecho de que se combinen el derecho a la autodeterminación del aspecto físico y la libertad de pensamiento en su dimensión externa implica, *ceteris paribus*, una mayor intensidad de la injerencia empresarial en la libertad del trabajador. En este sentido, la prohibición del uso de un elemento de indumentaria puramente estético -como puede ser una gorra- no puede equipararse con la restricción de la utilización del velo, puesto que este último tiene una carga de significado ideológico; como ya se ha visto, en el segundo caso la jurisprudencia tiende a exigir un plus de justificación al empresario, sin que se considere suficiente la necesidad de establecer un “uniforme de trabajo homogéneo”. Por otra parte, también resulta en principio más incisiva la restricción empresarial cuando afecta a la incorporación de símbolos religiosos al aspecto personal -ligado íntimamente a la persona- que cuando se refiere a la limitación de otras conductas relacionadas con las creencias religiosas (como puede ser la práctica de los rezos diarios de los musulmanes en el contexto laboral).

Además de la superposición de bienes jurídicos, la intensidad de la medida empresarial puede depender de las circunstancias particulares del caso, incluso tomando en consideración las creencias concretas de los sujetos afectados si se acreditan suficientemente en el proceso. Así pues, en principio la restricción parece más grave respecto a las trabajadoras que perciban el velo como una obligación insoslayable frente a aquellas que consideren simplemente que su uso es recomendable o si se trata de un símbolo contingente con el que expresan sus creencias. Ciertamente, esto introduce

⁷⁵En sentido similar, en relación con el carácter pluriofensivo de determinadas restricciones de la autodeterminación de la imagen, Cruz Villalón, J. “Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo”, en AAVV (coord., Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez, Carmen Ferradans Caramés), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Pérez del Río*, CARL, 2015, *per totum*, en particular, p. 69.

consideraciones muy subjetivas, pero hay que tener en cuenta que la subjetividad es inherente -por definición- a la libertad de pensamiento. Esto no quiere decir, sin embargo, que las personas que tienen creencias más rígidas, más intransigentes o más alejadas de las pautas mayoritarias gocen necesariamente de una libertad más amplia que las demás, puesto que la propia rigidez de sus convicciones implicará en muchos casos una menor compatibilidad con las obligaciones contractualmente adquiridas.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad no puede limitarse a considerar los efectos de la medida empresarial sobre la libertad individual de las mujeres afectadas, sino que, en virtud de la prohibición de discriminación indirecta, debe tomar en consideración también los efectos reales o potenciales que puede tener la restricción en las relaciones sistemáticas de desigualdad entre los grupos humanos. Por ese motivo, el juicio de proporcionalidad adquiere en este punto un contenido muy distinto cuando se refiere a la igualdad entre los grupos, aunque formalmente parezca idéntico al llevado a cabo en los derechos de libertad.

El principio de neutralidad del Estado implica que, para los poderes públicos, todas las creencias ideológicas, filosóficas o religiosas son igualmente respetables en sí mismas, más allá de los efectos que las concretas prácticas de exteriorización de las convicciones puedan tener sobre otros bienes dignos de protección. En este sentido, todos los símbolos de expresión de las creencias se protegerían, *ceteris paribus*, con la misma intensidad. En cambio, **cuando** la proporcionalidad de **la prohibición del velo se contempla desde la perspectiva de la discriminación indirecta, no es baladí que afecte a grupos** religiosos y étnicos **minoritarios**, que se encuentran en una posición desventajosa en el mercado de trabajo, ni que termine perjudicando exclusivamente a las mujeres de estos colectivos. Las restricciones respecto al velo introducen desventajas particulares respecto a la participación en el mercado de trabajo de las mujeres de orígenes étnicos vinculados a países mayoritariamente musulmanes, que se encuentran ya en una posición de especial precariedad y vulnerabilidad; de hecho, hipotéticamente podrían incluso generar un efecto de exclusión de las mujeres musulmanas del empleo asalariado o de determinadas ocupaciones. Estas desventajas deben ser tenidas en cuenta en el juicio de proporcionalidad, superponiéndose a los efectos anteriormente referidos. En cambio, en otros supuestos en los que no se acreditara un impacto de la medida empresarial sobre las desigualdades sociales, el caso habría de enjuiciarse exclusivamente desde la perspectiva de los derechos individuales.