

Soukayna Talhaoui Ibrahimi

**LA INCOMPATIBILITZACIÓ DE LA PRÁCTICA
RELIGIOSA EN LAS RELACIONES LABORALES DE
LA MUJER MUSULMANA POR EL USO DEL HIYAB**

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

Dirigido por la Dra. Maria Inés Gil Casión

Grado de Relaciones Laborales y Ocupación



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2022

El presente TFG se ha desarrollado en la modalidad de Trabajo de Recerca según las tipologías establecidas en las asignaturas de derecho laboral y administrativo.

Trabajo de Recerca

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad abordar el tema de la problemática del uso del velo islámico de las mujeres musulmanas en las relaciones laborales. Actualmente aún nos encontramos con numerosas situaciones donde a una gran cantidad de mujeres no se les permite acceder al trabajo con el velo (hiyab) o que son despedidas a causa de ello, entrando en conflicto la libertad religiosa y la libertad de empresa. Le corresponde a la Administración ponerle fin a estas situaciones donde se vulnera un derecho fundamental, pero también nos corresponde a nosotros como sociedad dejar de ver el código de vestimenta de otra persona como una barrera o impedimento en el desarrollo de sus funciones laborales.

Palabras clave: velo islámico (hiyab), libertad religiosa, libertad de empresa, discriminación.

RESUM

Aquest treball té la finalitat d' abordar el tema de la problemàtica de l'ús del vel (hiyab) islàmic de les dones musulmanes en les relacions laborals. Actualment encara ens trobem amb nombroses situacions on a una gran quantitat de dones no se'ls permet accedir a la feina amb el vel(hiyab) o que són acomiadades per aquesta causa, entrant en conflicte la llibertat religiosa i la llibertat d'empresa. Li correspon a l'Administració posar fi a aquestes situacions on es vulnera un dret fundamental, però també ens correspon a nosaltres com a societat deixar de veure el codi de vestimenta d'una altra persona com a barrera o impediment en el desenvolupament de les seves funcions laborals.

Paraules clau: vel islàmic (hijab), llibertat religiosa, llibertat d'empresa, discriminación.

ABSTRACT

The purpose of this work is to address the problem of the use of the Islamic veil (hijab) by muslim women in labor relations. Currently we find numerous situations where a large number of women are not allowed to access work with the veil (hijab) or are fired because of it, conflicting religious freedom and business freedom. It is up to the Administration to put an end to these situations where a fundamental right is violated,

but it is also up to us as a society to stop seeing the dress code of another person as a barrier or impediment in the development of their work functions.

Keywords: Islamic headscarf (hijab), religious freedom, business freedom, discrimination.

ÍNDICE

1. <i>INTRODUCCIÓN</i>	6
1.1.OBJETIVOS	7
1.2.METODOLOGÍA	9
2. <i>MARCO TEÓRICO</i>	10
2.1.SIGNIFICADO DEL HIYAB	10
2.2.EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL HIYAB	12
2.3.DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	13
3. <i>JURISPRUDENCIA</i>	14
4. <i>ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA</i>	17
4.1.PRINCIPIOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA	18
5. <i>DOCTRINA DE LA “ACOMODACIÓN RAZONABLE”</i>	27
6. <i>CONCLUSIONES</i>	30
7. <i>BIBLIOGRAFÍA</i>	33

INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos años, nuestra sociedad ha sufrido varias transformaciones ideológicas y religiosas debido al masivo movimiento migratorio que ha habido hacia España. Entre todos los colectivos que residen en territorio nacional, la comunidad musulmana es la que conlleva tradiciones, símbolos de identidad y una religión más diferenciada, destacando la problemática a la que la mayoría de las mujeres musulmanas se enfrentan por su apariencia física; el uso del velo o pañuelo islámico (hiyab).

El velo islámico (hiyab) es una característica identitaria de la religión musulmana, el significado de esta prenda refleja la identidad de la mujer a más de ser una prenda que utilizan sobre sus cabezas, en su totalidad es la creencia de cómo ha de vivir con diligencia todos los días un/a musulmán/a, el hiyab hace referencia a la conducta a los buenos modales, a la modestia y a la preservación de su pureza e integridad.

Actualmente en España y en la Unión Europea se han creado varias polémicas entre si es una libertad o una imposición, existen distintas teorías y todas libremente licitas; las que defienden que es una decisión libre e independiente de la mujer sin tener un carácter impositivo y otras que defienden que es una imposición que está en contra de los valores de igualdad de género. Me parece un tema sumamente interesante ya que yo como mujer musulmana que hace uso del hiyab me expongo día a día a diferentes opiniones y suposiciones muy lejos de la realidad.

Según la CE, España es un Estado laico en el que ninguna creencia ni religión es impuesta, se prevé el derecho de la libertad religiosa donde todo el mundo tiene el derecho de manifestar sus creencias sin que ello suponga un problema. Todo derecho está sujeto a ciertas limitaciones y la problemática que nos encontramos es que en el ámbito laboral no hay una regulación específica en cuanto a la libertad de la práctica religiosa, por lo tanto, supone un gran conflicto la libre práctica de ésta por parte de los trabajadores y el ejercicio del derecho a la libertad de empresa por parte de los empleadores ocasionándose un gran problema a la hora de establecerse las relaciones laborales.

OBJETIVOS

El tema escogido para mi trabajo de final de grado es la incompatibilidad de la práctica religiosa en las relaciones laborales de la mujer musulmana por el uso del hiyab.

Hay que destacar que no trataremos en este trabajo el velo integral, dado que éste plantea otra problemática que puede desencadenar en problemas de seguridad pública, más bien, nos enfocaremos en el velo (hiyab) que deja ver e identificar a la mujer sin problemas y el que realmente se encuentra reflejado en el Corán.

Antes de adentrarnos en el tema es conveniente realizar una referencia a los motivos que me han llevado a escoger dicho tema.

El principal motivo que me ha guiado a presentar esta problemática es el miedo a tener que volver a enfrentar una circunstancia similar después de haberlo vivido en primera persona y para dar voz a lo que venimos sufriendo la mayoría de las mujeres de origen musulmán a la hora de entablar una relación laboral y no poder practicar libremente nuestra religión haciendo uso del hiyab en el mundo laboral. Ésta, es una prenda que no resta ni impide el desarrollo de los conocimientos de nuestra persona y no debería de ser ninguna barrera para nadie en la inserción laboral.

Por otro lado, es de suma importancia estudiar y profundizar el tema de los derechos fundamentales en lo referente al libre desarrollo de la religión, la personalidad, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes al ser humano.

Por estas razones decidí realizar mi trabajo de investigación sobre las cuestiones anteriores dada la discriminación y desigualdad religiosa y social que existe no sólo en nuestro país sino a nivel mundial, es un tema bastante preocupante dado que cada vez hay más mujeres musulmanas que deciden inserirse en el mundo laboral y sufren el miedo a no encajar en la sociedad o poder llegar a tener algún conflicto con las empresas por motivo de practicar libremente su religión haciendo uso del velo como parte de la propia identidad. Además, se trata de un tema muy actual ya que diariamente lo vemos reflejado en nuestro propio entorno, en los medios de comunicación y en mi caso en primera persona. Personalmente, considero que estos conflictos actualmente ya no deberían de darse después de la gran diversidad de culturas y religiones que existen en nuestra sociedad y habría que ponerles fin desde el punto de vista del derecho. Han de ser

afrentados y paliados para que la sociedad pueda convivir en armonía y libre de prejuicios por el simple hecho de ser de otra religión distinta o hacer uso de una vestimenta distinta y en este terreno considero que los poderes públicos tienen un papel primordial: las administraciones a través de sus planes de igualdad y la administración de justicia al gestionar los conflictos surgidos dando una solución equitativa y lo menos perjudicial posible teniendo en cuenta los intereses de ambas partes pero sobre todo no perjudicar a las mujeres que luchan día sí y día también para encajar en la sociedad y conseguir la protección de su dignidad como personas, la igualdad y la libre decisión y compatibilización de su práctica religiosa con el ámbito laboral que es el objetivo de estudio de este trabajo.

Los objetivos que se pretende abordar con el presente trabajo son los siguientes:

- Explicar la problemática que viene surgiendo en España y en el mundo acerca del uso del velo islámico y su incompatibilidad en las relaciones laborales.
- Analizar los problemas jurídicos relativos a la imposición o a la prohibición del uso del velo islámico en el ámbito laboral
- Dar conciencia de los conflictos que vienen sufriendo la mayoría de las mujeres musulmanas que deciden inserir en el mundo laboral.
- Relacionar la igualdad en el ámbito laboral en el uso del velo islámico de la mujer musulmana.
- Adquirir y profundizar los conocimientos acerca de los Derechos Fundamentales.
- Finalmente, compartir y apoyar la doctrina de la acomodación razonable como solución a la problemática planteada para no dañar el derecho de ambas partes, tanto la libertad de empresa como la libre práctica religiosa.

METODOLOGÍA

Como se nombra anteriormente, el presente 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 realiza una pequeña explicación y distinción 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 laborales. Posteriormente, ya en relación con el acceso de la función pública, se profundiza en los motivos por los cuales no se encuentra a trabajadoras musulmanas dentro del ámbito de la administración pública en comparativa también a otros países de la Unión Europea y por último se plantea adoptar ciertas soluciones y doctrinas de otros países para lograr la finalidad del objeto de estudio.

La metodología que se ha utilizado para llevar a cabo el TFG ha sido la siguiente:

- Realización de una pequeña investigación sobre el velo islámico, para introducir explicar los diferentes tipos de velo (hiyab) que existe y su significado.
- Desarrollo de los derechos fundamentales que contempla nuestra Constitución en defensa a la libertad religiosa.
- Uso de jurisprudencia y sentencias para respaldar el objeto de investigación.
- Estudio de los principios de acceso a la función pública.
- Estudio de algunos casos particulares que han ido surgiendo a través de las sentencias de los tribunales.
- Comparativa de España con otros países.
- Propuesta de soluciones como la Doctrina del acomodamiento razonable.

MARCO TEÓRICO

SIGNIFICADO DEL HIYAB

En la religión musulmana, el pañuelo islámico, también conocido como hiyab o velo, es un complemento que envuelve la cabeza cubriendo el cabello de las mujeres musulmanas desde que llegan a la pubertad, es el símbolo de vestimenta musulmán de acuerdo con lo establecido en el Corán y a los dogmas islámicos que significa modestia y privacidad. Por lo tanto, aquellas mujeres fieles a las creencias musulmanas exteriorizan su fe a través de dicho símbolo.¹

En la práctica se manifiesta con distintos tipos de prendas como, por ejemplo, el velo facial, burka, shador; los cuales son diferentes según la época y el país, aunque todas coinciden en tapar parte del cuerpo femenino. El término hiyab se considera sinónimo de velo islámico, aunque su significado es mucho más amplio.

En la época anterior al profeta Mahoma se usaba el hiyab como signo de respetabilidad y su uso estaba limitado a las mujeres libres y respetables para distinguirlas externamente de las esclavas y prostitutas.

El Islam convirtió el velo en una prenda sagrada para las mujeres musulmanas dándole un significado religioso relacionado con el cumplimiento de la dignidad femenina y de que la mujer, al igual que el hombre, solo está sometida a Dios.

Las diferentes tipologías de velos que se han ido utilizando en diferentes países a lo largo de los años son los siguientes:

El niqab, es un velo que cubre el rostro y se usa por algunas mujeres musulmanas. Este tipo de velo es más propio del Golfo Pérsico.

El burka, es junto con el niqab de los más radicales, ya que cubre todo el cuerpo y toda la cara y solo permiten que se vea levemente los ojos. Es la prenda menos común en el mundo islámico dado que no es obligatorio en la religión musulmana.²

¹ SARA GARCÍA MEDINA. (“Igualdad de género y velo islámico”. Julio,2015. P.12)

² Extraído de: Disponible en línea <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-burka-opinan-musulmanes20140701193046.html>

El chador es típico de los chíis de Irán, más común en mujeres mayores de zonas rurales que consiste en un manto que cubre todo el cuerpo dejando la cara al descubierto.

Finalmente encontramos el hiyab, el que protagoniza el objeto de estudio de este trabajo y es el velo que cubre el pelo y deja al descubierto el rostro. Éste, es el que se encuentra nombrado realmente en el Corán, no solo haciendo referencia al cubrimiento del cabello de la mujer sino a la conducta de todo musulmán.

El velo islámico va más allá de la tradición indumentaria o de un código de vestimenta estipulado para una cultura en concreta. El uso de esta prenda femenina posee un importante valor simbólico y su significado se remonta a cuestiones cruciales como su identidad originaria, creencia religiosa, entorno familiar o estatus social. En los países musulmanes el velo alude a la transformación de su rol como pilar para la reproducción de la familia musulmana tradicional. En Occidente, el tema del velo se encuentra en una polémica que alude a la capacidad del islam para relacionarse con la modernidad.

El hiyab en su origen coránico, las reglas indumentarias cumplían una función destinada a mostrar correspondencia entre el aspecto exterior y la creencia interior. Esta coherencia a través del recato también incluye a los hombres, por lo tanto, no conlleva desigualdad ninguna en la religión musulmana. En resumen, en el Islam, el hiyab se convirtió en una forma de identificar y proteger a la mujer musulmana desde su propia voluntad acorde con una decisión hecha en libertad. También se considera un acto de protección, una manera de identificar la pertenencia de la mujer a la comunidad de creyentes.

El gesto de colocarse el velo proyectará una demanda implícita de respeto y protección de su dignidad femenina siempre y cuando la decisión haya sido tomada con total libertad y madurez.

EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL HIYAB

En la actualidad, muchas mujeres se encuentran en una situación de muchas presiones contradictorias. Por un lado, los potentes movimientos de reislamización, que les niega su derecho a ejercer un papel cada vez más activo y autónomo, y, por otro lado, la poderosa influencia occidental que llega a través de los medios y que importa modelos ajenos a su tradición. Esta tensión genera equilibrios difíciles de conciliar.³

La prohibición ilegítima de su uso, en su caso, nos hace plantearnos una posible lesión del derecho fundamental de libertad religiosa, pero también una discriminación por motivos religiosos, e incluso una posible discriminación por cuestión de género, en tanto que son las mujeres las que se verían obligadas a prescindir de él.

La decisión de las mujeres musulmanas de vestir con el hiyab o velo también puede interferir negativamente en el desempeño de sus actividades profesionales por cuenta ajena. Cada vez son más los casos controvertidos que se plantean en España en relación a esta problemática donde las trabajadoras que, habiendo sido apercibidas por el hecho de acudir al centro de trabajo con este tipo de vestimentas, fueron finalmente despedidas ante su negativa a seguir las recomendaciones de los órganos directivos de la empresa.⁴ La adopción de este tipo de decisiones forma parte de la libertad de empresa nombrada en el art. 38 de la Constitución, donde ésta puede acordar «*las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana*» conforme lo dispuesto en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, sin vulnerar los derechos ya nombrados anteriormente.

³ Disponible en línea <http://www.aleteia.org/es/religion/noticias/el-velo-islamico-simbolo-religioso-tradicioncultural-o-instrumento-de-discriminacion-1314002?page=2>)

⁴ A. Motilla, «La libertad de vestimenta...», op. cit., p. 120.

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

El derecho a la libertad religiosa dentro del ámbito de las relaciones laborales es un derecho fundamental inespecífico que, al contrario que los derechos fundamentales específicos, su práctica se encuentra comedida por la naturaleza del propio contrato de trabajo⁵.

Los derechos y libertades fundamentales de las personas son inseparables de éstas, incluso en la relación laboral. Por ello, la formalización de un contrato laboral no supone la inmunidad de estos derechos para ninguna de las partes. *“Los derechos de la persona se incorporan a la relación laboral, por lo que, según la doctrina constitucionalista, los derechos y libertades fundamentales no son ejercitables únicamente ante los poderes públicos, sino también en el ámbito de las relaciones privadas.”*⁶

Lo que resulta constitucionalmente problemático es la prohibición del uso libre del velo islámico por parte de la mujer como expresión del ejercicio de sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la libertad religiosa.

La libertad religiosa es el derecho fundamental a profesar una religión, privada y públicamente, del que son titular tanto el individuo como las colectividades. El artículo 16 de la Constitución de 1978 reconoce y garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Éste se ve reforzado por el artículo 14 que prohíbe cualquier forma de discriminación, entre otros motivos, por razón de la religión. Ambos artículos son desarrollados por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa, que no habla expresamente del derecho a usar simbología religiosa, aunque ello no debe suponer un problema para entender comprendido este derecho en el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa.⁷

La libertad de conciencia, que aparece implícitamente consagrada en el art. 1.1 de la Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico, y como derecho

⁵ GONZALEZ-CASTRO, G. G. (2016). “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”. Revista jurídica de los derechos sociales: Lex Social, págs. 327-328.

⁶ GONZÁLEZ-CASTRO, G. G. (2016). “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”, ya cit., pág. 328.

⁷ BOE. Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.

fundamental en el art. 16.1 bajo la terminología de libertad ideológica, religiosa y de cultos⁸. Esta libertad puede ser definida, siguiendo a Llamazares Fernández, como el derecho «a disponer de un espacio de privacidad totalmente sustraído a la invasión de la imperatividad del Derecho; a la libre formación de la conciencia; a mantener unas u otras convicciones o creencias, así como a expresarlas o a silenciarlas; a comportarse de acuerdo con ellas y a no ser obligado a comportarse en contradicción con ellas»⁹.

El artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978 protege el derecho a la propia imagen, lo que incluye la libertad para elegir los elementos que la componen como reflejo externo de las convicciones personales. El uso de vestido o símbolos es contemplado como instrumento de expresión libre de la personalidad del individuo, pero también de la pertenencia a un grupo.

El uso del pañuelo en la realidad islámica contemporánea responde a imperativos religiosos del Islam que, ha derivado en una auténtica tradición que forma parte de la identidad personal de la creyente musulmana que los viste.

Consecuentemente, el uso del pañuelo por parte de una mujer islámica en España queda amparado por su libertad ideológica y del derecho a la propia imagen. Así, la decisión plenamente libre y voluntaria de una mujer de hacer uso del hiyab no debe ser considerada discriminatoria, sino en ejercicio de ese derecho fundamental en cualquier ámbito.

JURISPRUDENCIA

Al no existir en España una normativa sobre simbología dinámica o vestimenta religiosa y su uso en el espacio público, solo podemos acudir a la libertad religiosa como derecho fundamental y a la jurisprudencia, pero también al derecho a no ser discriminado por motivos religiosos y de género.

No disponemos de una normativa específica encargada de regular la libertad religiosa en las relaciones laborales, pero disponemos de jurisprudencia ya nombrada anteriormente,

⁸ D. Llamazares Fernández, Derecho de la libertad..., op. cit., t. I, p. 312.

⁹ Cfr. D. Llamazares Fernández, Derecho de la libertad..., op. cit., t. I, pp. 21-22.

que ha sido la que se ha encargado de solucionar los conflictos surgidos entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho de la libertad de empresa.

Existen además otras fuentes del Derecho del Trabajo que regulan la relación laboral como son el Estatuto de los Trabajadores, los Convenios Colectivos y contrato de trabajo, en los cuales el trabajador puede ampararse en el caso de verse privado del libre ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Basándonos en la jurisprudencia observamos que, si el velo o pañuelo no impide la comunicación visual, ni la identificación de la mujer, no parece que suponga un peligro para los derechos fundamentales de los demás, ni para el orden público o para cualquiera de los elementos que lo constituyen, único límite de la libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución y artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa). Por tanto, difícilmente se puede justificar la prohibición de su uso, tanto en espacios públicos como privados.

Tal como expone el Tribunal Constitucional en la sentencia que nombraremos seguidamente, el límite del orden público no debe ser interpretado como cláusula abierta y de posible utilización preventiva ante posibles riesgos, de tal manera que permita restringir o eliminar el ejercicio del derecho de libertad religiosa¹⁰. Se debe partir del principio general aplicable a todo derecho fundamental: máxima protección posible y mínima restricción necesaria. La restricción del derecho de libertad religiosa se debe fundamentar en un daño real y objetivo, y no en un posible riesgo, no probado, del orden público o del derecho de un tercero. Ante el choque de bienes jurídicos similares, la doctrina defiende la aplicación de la regla de la proporcionalidad *para «determinar si efectivamente el bien afectado por el uso de simbología religiosa “ejercicio del derecho de libertad religiosa” resulta verdaderamente amenazado»*.¹¹

Según la STC 46/2001, de 15 de febrero, a la que hace referencia, entre otras, la SJSO de Palma de Mallorca, de 6 de febrero de 2017:

"un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales

¹⁰ Sentencia TC 46/2001, de 15 de febrero, F. J. 11.

¹¹ Cañamares Arribas, S. «Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa», Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado, 19 (2009), 6.

obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública» [...] es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto".¹²

En otra sentencia encontramos que el Tribunal Constitucional garantiza *"la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual"* y *"faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros"*¹³

El TC considera que el uso del pañuelo islámico constituye un símbolo personal que queda amparado por el derecho fundamental de libertad religiosa, contemplado no sólo en el art. 16.1 CE sino también en el art. 2.a) de la LOLR, que garantiza la libre manifestación de creencias religiosas o ausencia de estas a todas las personas.¹⁴

Art. 2 LOLR: 1.¹⁵ *"La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*
a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna;
cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas".

Existen otros derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento que consolidan el ejercicio de la libertad religiosa, como son el derecho fundamental a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE), y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Art.10 CE: 1.¹⁶ *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".*

Art.18 CE: 1.¹⁷ *"Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".*

¹² FJ 11º de la STC 46/2001, de 15 de febrero

¹³ STC 214/1991, de 11 de noviembre, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/nl/Resolucion/Show/1853>.

¹⁴ PASCUAL LLANOS, E., "El Hiyab", op. cit., p. 175

¹⁵ Art. 2.1 LOLR.

¹⁶ Art.10.1 CE, BOE.

¹⁷ Art.18.1 CE, BOE.

Art.20 CE:1.¹⁸ *“Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.*

ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El gobierno de España define la Dirección General de la Función Pública como el órgano directivo adscrito a la Secretaría de Estado de Función Pública encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de función y empleo públicos. Las funciones que le corresponde, entre otras, son las siguientes competencias: El impulso de la normativa básica de la función pública, el régimen jurídico del empleo público en la Administración General del Estado, la elaboración y seguimiento de las ofertas de empleo público, la autorización y gestión de los procesos de carrera administrativa y las relaciones internacionales junto a otras Administraciones públicas españolas competentes en materia de empleo público y con las organizaciones sindicales (dialogo).

Su misión se basa en ordenar el marco jurídico de la función pública, coordinar y ejecutar políticas y prácticas de gestión de personal para la mejora de prestación de los servicios públicos a la ciudadanía y como visión es ser centro de referencia en el diseño impulso y ordenación de las políticas de gestión de personas, liderando el proceso de mejora continua de la función pública.

La selección de funcionarios para el acceso a la Función Pública conlleva una serie requisitos y sin entrar en detalle, la capacidad de superar las pruebas necesarias para el puesto que corresponda como funcionario, es una de las más destacadas por ser el filtro más necesario para seleccionar el personal apto a la función correspondiente.

La Constitución española preceptúa que la selección en el empleo público se rige por los principios de mérito y capacidad, igualdad y publicidad. En concreto, regula que *“Los ciudadanos tienen el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y*

¹⁸ Art.20.1 CE, BOE.

*cargos públicos” y que “la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.*¹⁹

PRINCIPIOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

En base a estos preceptos constitucionales de acceso al empleo público, la Administración General del Estado implementa un sistema de acceso, que se detalla y se resume, a modo informativo, en base a los siguientes principios:

- *Igualdad*: El principio según el cual las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada y razonable.
- *Mérito y Capacidad*: El principio que se basa en la exigencia general de seleccionar a los empleados públicos valorando sus méritos académicos o profesionales, así como sus competencias para el servicio público.
- *Transparencia*: El principio encargado de la obligación de las Administraciones Públicas, de dar a conocer periódicamente los datos más relevantes de su actividad, con los elementos económicos y presupuestarios correspondientes, así como facilitar a las personas el acceso a la información pública contenida en los archivos y documentos que aquellas custodian.
- *Seguridad Jurídica*: El Principio que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones.

En relación con los Principios ya nombrados anteriormente la Constitución establece:

Art 9.3 CE:

“3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no

¹⁹ Portal Institucional del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

*favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*²⁰

Art. 14 CE:

*“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*²¹

Art. 23.2 CE:

*“2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.*²²

Art. 103 CE:

*“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*²³

3.- La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Los principios de igualdad, mérito y capacidad constituyen el núcleo de la regulación efectuada por el Estatuto. De modo que la manifestación de estos principios en la Carta Magna no determina su aplicación exclusivamente en el procedimiento de ingreso en la función pública, sino que se prolonga su eficacia durante la vida funcional y, sobre todo, resultan evidentes en el establecimiento de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera administrativa y de promoción interna.

²⁰ Art. 9.3 CE, BOE.

²¹ Art. 14 CE, BOE.

²² Art. 23.2 CE, BOE.

²³ ART. 103.1.3 CE, BOE.

El Estatuto recoge otra serie de principios aplicables a los procedimientos de selección, que, si bien no aparecen expresamente recogidos en la Constitución, cabe destacar que su aplicación es igualmente una exigencia básica para la efectividad de aquellos. De tal forma, el apartado segundo del artículo 55 alude a la publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección.²⁴

Finalmente, cabe señalar que los principios de igualdad, mérito y capacidad no deben interpretarse y aplicarse por separado, sino por el contrario, una lectura e interpretación correcta de éstos pasa por reconocer una correspondencia existente entre los mismos.

Una vez dado a entender por encima que es, que fin tiene y como se accede a la función pública comentaremos seguidamente la discriminación de la mujer musulmana por el uso del hiyab dentro de la función pública basándonos en sentencias, en hechos y en mi opinión personal y la de mi entorno que ha sufrido o ha tenido graves dificultades a acceder en la función pública a causa de su apariencia física por el uso de esta prenda para reflejar la barrera sociolaboral que encontramos tanto en nuestra función pública como en la de otros países dentro de la UE y poniendo ejemplo a otros países donde el velo no supone ningún problema para la sociedad ni la administración pública.

Al no existir en España una normativa sobre simbología dinámica o vestimenta religiosa y su uso en el espacio público, solo podemos acudir a la libertad religiosa como derecho fundamental y a la jurisprudencia, pero también al derecho a no ser discriminado por motivos religiosos y de género.

El principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación en el acceso al empleo es reconocido tanto por normas internacionales, como comunitarias e internas. Particularmente, destacamos, el Convenio núm. 111 de la OIT (1958)²⁵ relativo

²⁴ Administrativando abogados. “Los Principios de Igualdad, Mérito, Capacidad, Transparencia y Seguridad Jurídica en oposiciones y concursos – oposiciones ante la Administración Pública, 27 julio 2020”

²⁵ BOE. Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

a la discriminación en el empleo que expresa una definición de discriminación como *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo"*.

Este texto internacional además de su potente valor declarativo recoge una visión avanzada del derecho al defender no sólo la igualdad formal, sino también material, imponiendo a los Estados miembros que pongan en práctica políticas nacionales que promuevan esa igualdad de trato y de oportunidades en el empleo, admitiendo el recurso a las medidas de acción positiva que tengan carácter temporal y se adopten a favor del colectivo tutelado mientras dure la situación discriminatoria²⁶(art. 5)

Los estados, dicen haber constituido modelos de laicidad que, debido al mal entendimiento de estos, hoy en día continúan habiendo numerosos problemas con las religiones. Este modelo de aconfesionalidad no es igual en todos los estados y como ya hemos nombrado anteriormente se encuentran diferencias incluso dentro de la Unión Europea aun compartiendo dicha normativa. Tomaremos de ejemplo los siguientes países: Francia, Alemania, Reino Unido y España.

Francia es un país que se caracteriza por su neutralidad absoluta. Todos sus empleados públicos como por ejemplo los funcionarios, tienen absolutamente prohibido expresar su religión mediante simbología o con cualquier otro tipo de practica religiosa fruto de la ley aprobada el 15 de marzo de 2004 en este país, conocida como la “ley anti-velo”, la cual prohibía el uso del velo islámico en todas las escuelas públicas justificándolo como una medida preventiva.²⁷

En Alemania, considerando que es el país europeo con mas turcos en la población a raíz de la reforma del Código Civil Alemán que se llevó a cabo en el año 2000, permitiendo a todas las personas nacidas en este país, y cuyos padres, madre y/o padre, llevasen más de ocho años viviendo allí, podían obtener la nacionalidad alemana, presenta un mayor respeto de todas las religiones presentes en el país, sean mayoritarias o minoritarias. Hace unos años, hubo muchos conflictos en los colegios públicos con las funcionarias musulmanas que usaban el velo islámico en las clases. Los tribunales alemanes, como

²⁶ BOE. Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. (Art.5)

²⁷ SANJURJO RIVO, V.A., “Estado constitucional y derecho a la libertad religiosa: especial atención a la manifestación de símbolos religiosos en el ámbito educativo, p.655.

solución, permitieron a todos los ciudadanos a llevar cualquier tipo de símbolo religioso a sus empleos con total libertad, siempre que no suponga un peligro real, tomando las medidas necesarias en determinado caso.²⁸

Reino Unido, es un país que se caracteriza por tener una multiculturalidad de diferentes ciudadanos de todas partes del mundo y con ello numerosas religiones diversas. Debido a este factor, para solucionar este tipo de conflictos, se han llevado a cabo prácticas en relación con el uso del velo islámico para llegar a soluciones intermedias y acuerdos en las escuelas y en el ámbito laboral. Dos son los pilares que sustentan este tipo de conflictos en los colegios británicos. La flexibilidad y las autoridades locales se encargan de solucionarlo. Por su parte, en el trabajo existen dos límites al derecho de libertad religiosa del empleado: el orden público, la seguridad e higiene, y los intereses de la empresa.²⁹

Finalmente, España como he nombrado al principio de todo cuenta con unos principios que pretenden conseguir la tolerancia de todas las religiones sin diferencias, el respeto de los derechos humanos, y la cooperación entre la diversidad de religiones y el Estado para obtener la laicidad.³⁰ Por esto mismo en nuestro país, en el Derecho Eclesiástico, el principio clave es el de la libertad religiosa, y alrededor de éste giran todos los demás, donde encontramos, entre ellos, el principio de la no confesionalidad o laicidad. De este modo, si no se respeta el derecho fundamental, la neutralidad no existe. En el artículo 9.2 de la Constitución, se habla de la creación de determinadas condiciones que logren alcanzar la igualdad y la libertad de forma efectiva, promoviendo así en mayor medida la cooperación sobre el pluralismo religioso.³¹

Como hemos podido observar, los cuatro países ya comentados anteriormente presentan orientaciones distintas y adaptables a cada ocasión. A nuestro juicio, el Estados que, históricamente, ha mostrado más reticencias al respecto ha sido Francia prohibiendo radicalmente la libertad de practica religiosa no pudiendo hacer uso del velo con una gran diferencia, por otra parte, Reino Unido promueve activamente el pluralismo religioso mientras que Alemania se ha decantado por introducir limitaciones, pero

²⁸ ELÓSEGUI ITXASO, M., “La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional Alemán de 2015 sobre el uso del velo por profesoras” *Anuario de filosofía de derecho*, 30, pp.342-343.

²⁹ MOTILLA, A., “La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña”.

³⁰ Art.16 CE, la neutralidad de España.

³¹ Art.9.2 CE.

permitiendo a todos los ciudadanos llevar cualquier tipo de simbología con total libertad mientras no suponga un peligro para el orden público y por último España la Constitución prevé la libertad religiosa como un derecho fundamental permitiendo así el libre uso del velo, para alcanzar la igualdad.

Desde el Consejo de Europa, en la Recomendación 1927 (2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia, la Asamblea Parlamentaria pide que el Comité de Ministros adopte determinadas *actuaciones destinadas a exhortar a los Estados miembros a no establecer una prohibición general del velo o de cualquier otra ropa religiosa o especial, salvo cuando esta prohibición sirva para proteger a las mujeres coacciones físicas y psicológicas, admitiendo que las restricciones legales a esta libertad pueden estar justificadas, cuando sea necesario en una sociedad democrática, por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de los individuos requieran su neutralidad religiosa.*³²

Como el objeto de estudio se encuentra enfocado en España, no se ha logrado encontrar sentencias de casos que respalden mi objeto de investigación sobre la discriminación sobre el uso del hiyab en el acceso a la función pública, no obstante, se pueden observar una gran cantidad de sentencias que prohíben a las docentes musulmanas que deciden usar el hiyab en los centros educativos o en lugares públicos donde se realizan prácticas curriculares para la formación de éstas. Estos hechos pueden suponer un problema para el presente y para el futuro a la hora de integrarse en una administración pública, dado que, si existe esta vulneración de los derechos de la mujer musulmana a su libre utilización del hiyab como docente en la función pública, incidiría en el caso por ejemplo de una mujer funcionaria que escogiera libremente utilizar el hiyab, como ya actualmente se ha observado en otros países de la Unión Europea como en el «Caso Ludin» Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de Septiembre de 2003 que comentaremos más adelante.

En cuanto a los casos de numerosas docentes que se encuentran ante esta imposibilidad en la educación y a la hora de enfocar su profesionalidad, vemos el claro ejemplo de un centro educativo de Madrid (IES Camilo José Cela de Pozuelo) que decide sancionar a una alumna que portaba el velo islámico. Decisión que se consideró conforme a derecho

³² Revista CESCO de Derecho de Consumo N. 11/2014, *Dialnet*.

y legítima por el Juzgado de lo Contencioso de Madrid en *sentencia de 25 de enero de 2012* en base a los siguientes argumentos:

Primeramente se apoya en la autonomía de los centros para sostener su competencia para elaborar y aprobar las normas de organización y funcionamiento (Reglamentos de Organización y Funciones de una entidad) y en segundo lugar, acude a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basada en un ordenamiento extranjero, el francés, donde existe una ley que prohíbe el uso de símbolos religiosos ostensibles en la escuela, para trasladar el argumento mantenido por el citado tribunal que dice: “ *la prohibición del velo islámico en el ámbito educativo no implica una vulneración del derecho de libertad religiosa de los alumnos, siempre y cuando la prohibición se ajuste a las pautas del art 9 del Convenio*”, es decir, que esté prevista por la Ley y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección y defensa de bienes de naturaleza jurídica.³³

Como puede verse, crean una base insuficiente y un grado considerable de confusión sobre el significado de la libertad de religión y de conciencia y sus manifestaciones, ya que son derechos de la jerarquía constitucional. Las restricciones a un derecho fundamental sólo pueden establecerse por ley y no por decisión administrativa, y toda restricción requiere justificación basada en consideraciones de necesidad frente a conflicto de leyes o de orden público y sólo puede aceptarse una restricción sobre la base de un criterio de necesidad y de completa adecuación. Algunas autoridades afirman que el “uso del velo” es en sí mismo una forma de discriminación contra la mujer, por lo que quitarse el velo eliminaría la discriminación. Se ignora el significado personal que puede tener cuando se acepta libre y voluntariamente como expresión de una religión mayor o simplemente como identidad cultural. Otros gobiernos han argumentado que llevar el velo musulmán en la escuela es incompatible con la laicidad del Estado, entendida en francés como una norma que vincula tanto a las administraciones públicas como a los particulares. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, se entiende por "laicismo" una obligación impuesta al Estado, no al individuo, precisamente para garantizar el igual respeto de los derechos de las personas, las diferentes formas de autoexpresión religiosa y la conciencia individual.

³³ Sentencia de 25 de enero de 2012, Juzgado de lo Contencioso de Madrid.

Se ignora que el art. 53 CE establece que los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por la ley y que tal prohibición no está prevista en la ley sino en una norma interna que no tiene competencia en la materia. Además, la afirmación de algún elemento de política pública en riesgo se basa en cualquier evento y comienza con un peligro puramente hipotético. Se usa el laicismo, en consideración a un principio, en el sentido francés. El laicismo elegido por el ordenamiento jurídico español es el laicismo activo, diferente en su interpretación y aplicación al francés, el laicismo se basa en las instituciones, por lo que significa que el servicio no muestre simbología religiosa. Por el contrario, las personas pueden exhibirlas en el ejercicio de su libertad de religión, que no está prohibida por la ley, y, además, según el art. 9.2, las autoridades públicas deben eliminar los obstáculos a esto y crear condiciones favorables para su implementación³⁴

La contradicción que observamos es que en las escuelas implementan un curso de capacitación temprana con valores y derechos fundamentales, como la igualdad, el respeto por la libertad de conciencia y tolerancia y el respeto a la diversidad de las personas, jugando así un papel muy importante en el desarrollo educativo de los niños. Valores cuya transmisión es la mayor garantía para la no discriminación y la prohibición del uso del velo para las niñas y jóvenes en la escuela sin razón suficiente proyectando así todo lo contrario a los objetivos de la misma educación.

En definitiva, a los centros educativos no se les permite restringir el ejercicio de los derechos fundamentales a través del ROF (Reglamentos de Organización y Funciones de una entidad). El permiso para el uso del velo musulmán es un requisito no sólo del derecho fundamental a la libertad religiosa sino también de la laicidad, posición de los poderes públicos que garantiza la igualdad en el ejercicio de la libertad de conciencia conforme al ordenamiento jurídico español.

Bien, como hemos nombrado anteriormente esta discriminación que sufren las docentes en los centros educativos por el uso del hiyab ya impone un miedo que les imposibilita proyectarse en un futuro desarrollando ciertas profesiones para la función pública como sería el caso de una funcionaria o múltiples puestos de trabajo en los cuales se relativiza

³⁴ ADORACIÓN CASTRO J., “El uso del velo islámico en los centros docentes: ciudadanía y libertad religiosa”, Cuestiones de Pluralismo, Vol. 1 n.2 (segundo semestre de 2021).

muchísimo más la imagen exterior por encima de los conocimientos y habilidades a aportar en los lugares de trabajo.

Volviendo al acceso a la función pública desde una perspectiva profesional como la de ser funcionaria observamos el “Caso Ludin” *Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003*.³⁵

Como hemos nombrado anteriormente, Alemania es considerada como un país neutral ante la cuestión religiosa y actualmente no existe ninguna ley federal que regule el uso del velo islámico en el ámbito educativo. El punto de inflexión en este tema se dio en 2003 con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Ludin. La señora Ludin acudió a la más alta instancia jurisdiccional alemana buscando el amparo ante la resolución administrativa que denegaba su nombramiento como funcionaria en la enseñanza por hacer uso del hiyab.

El fallo del Tribunal declaró inconstitucional el acto administrativo por tratarse de una limitación de un derecho fundamental que carecía de base legal. Argumentando así que la resolución recurrida vulneraba varios preceptos constitucionales: el derecho de acceso a los cargos públicos y el principio de no discriminación por la pertenencia a una confesión recogido en el art. 33 GG; y la libertad de conciencia y de profesar creencias religiosas recogidas en los arts. 4.1 y 4.2 GG. La sentencia reflexiona sobre el juicio de proporcionalidad que debe satisfacer toda limitación de un derecho fundamental y sobre el significado de la neutralidad del Estado ante la cuestión religiosa. El TCF no entró a valorar si el velo puede suponer una manifestación de valores contrarios a la igualdad de la mujer o al respeto y la tolerancia de los demás, sino que se decantó por conceder relevancia a las intenciones subjetivas de la recurrente³⁶. El TCF no considera que se haya producido una efectiva lesión de la libertad negativa de los escolares, ni siquiera un riesgo real de dicha lesión dado que la propia resolución administrativa impidió que la recurrente accediera a su plaza de funcionaria impidiéndole así que se diera lugar cualquier tipo de lesión. En la cuestión de la laicidad o neutralidad estatal, el Tribunal admite que este principio es una limitación al contenido prestacional del derecho fundamental.

³⁵ “CASO LUDIN”. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003.

³⁶ RUIZ RUIZ, J., «La prohibición...», cit. p. 118.

DOCTRINA DE LA “ACOMODACIÓN RAZONABLE”

Como se ha podido ver, en el ámbito laboral surgen muchos conflictos entre un trabajador y un empresario. La causa principal de estos conflictos es la incompatibilidad de la práctica religiosa del empleado con la relación laboral ya sea mediante la práctica de esta o su manifestación a través de simbología religiosa. La doctrina de la acomodación razonable surge con el objetivo de favorecer a la parte más débil que en este caso es el/la empleado/a ante un conflicto con el empresario ya que originariamente, la solución consistía directamente en el despido sin valorar previamente todas las soluciones posibles.³⁷

La doctrina nace en Estados Unidos con dos sentencias, *TransWorldAirlinesInc v. Haardison en 1977*³⁸ y *Ansonia Board of Education v. Phillbrook en 1986*.³⁹ En estas sentencias nos encontramos con que el trabajador, en la primera no puede desempeñar sus funciones los sábados dado que por su religión son sagrados, y en la segunda una maestra que tampoco puede impartir sus clases los días sagrados. Después de Estados Unidos, que no logró llevarlo realmente a la práctica, lo adopto Canadá que por el contrario si que es un país de referencia para el caso de la acomodación razonable.

En las sentencias de Canadá con el mismo objeto de estudio que las anteriores son, *Shingh (Ishar) v. Security and Investigation Services Ltd*⁴⁰ y *Ontario Human Rights Commission O'Malley c. Simpsons Sears Ltd*.⁴¹

En las cuatro sentencias ya nombradas se plantea la misma solución que viene a perseguir el objetivo del acomodamiento razonable, y es que el empresario tiene que valorar todas las medidas posibles y hacer todo lo posible para lograr alcanzar una solución adecuada para ambas partes. Dicha solución ha de ser distinta al despido, ya que no puede, nunca, suponer un perjuicio para la empresa ni para el trabajador. El empresario ha de ser mas flexible y conceder un beneficio de trato a modo excepcional al trabajador que puede verse perjudicado por practicar una creencia minoritaria. Sin embargo, cabe destacar que el acomodamiento razonable no es una obligación de

³⁷ GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”, pp. 344-345.

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, 432 U.S.63, 16 de junio de 1977.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, 479 U.S 60, 17 de noviembre de 1986.

⁴⁰ Sentencia de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, 31 de mayo de 1977.

⁴¹ Sentencia de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, 17 de diciembre de 1985.

resultado de no llegar al despido, sino una obligación de medios, de poner todo el interés y los medios necesarios por parte de ambas partes para llegar a una solución poco perjudicial y distinta al despido.

En el caso de estas sentencias, la practica religiosa perjudica en cierto modo el funcionamiento diario de las funciones laborales, y en el caso del uso del hiyab, éste no incide en el desarrollo de éstas sino mas bien en la imagen del trabajador, por lo tanto, se produce un prejuicio menor que no debería de darse porque se trata del aspecto físico de cada persona, por lo tanto, debería de ser muchísimo más factible llevar a cabo la doctrina del acomodamiento razonable en estos casos.

El acomodamiento razonable persigue el objetivo de que no se produzca ningún tipo de discriminación razonable indirecta. Hay que diferenciar los dos tipos de discriminaciones que se pueden dar, la directa y la indirecta. La directa surge a consecuencia de una imposición en la empresa, es decir una norma discriminatoria para todos los trabajadores de la empresa o para un grupo de personas en concreto. En cambio, la discriminación indirecta se da a partir de una norma que en principio es imparcial, neutra y que en la practica afecta a un trabajador en concreto o a un grupo en concreto por su religión. Cuando se de esta discriminación se han de cumplir los siguientes requisitos procedimentales:

- Le corresponde al trabajador demostrar que éste le ha comunicado con anterioridad al empresario que es fiel a una religión, en el caso de las mujeres musulmanas que hacen uso del hiyab, portándolo desde el principio ya que es una prenda que resalta a simple vista, por otra parte, ha de probar que se le ha perjudicado a consecuencia de esta practica o uso de la simbología.
- Al empresario, le corresponde demostrar una vez probado todo lo anterior que ha hecho todo en cuanto ha podido para llegar a una solución beneficiando a ambas partes haciendo uso de la doctrina del acomodamiento razonable.

Esta doctrina es la mas acertada dado que en cierto modo beneficia a ambas partes ante ciertas controversias que surgen a causa del derecho de libertad de la práctica religiosa de los trabajadores y la libertad de empresa. Es cierto que en la Unión Europea esta doctrina no está implementada como tal, pero cabe destacar que cada vez se intenta buscar soluciones que se acercan en cierto modo al acomodamiento razonable y

confiamos en que se acabara implementando dado que ya se han dado casos donde los altos tribunales del ámbito europeo como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hablan de esta doctrina.⁴²

En España, actualmente el empresario al igual que el trabajador se encuentran sujetos al principio de la buena fe. Por parte del empresario, supone evitar que se produzcan prejuicios en los derechos fundamentales de sus trabajadores, y entre ellos, el derecho de la libre práctica religiosa intentando no dañar ninguno de ellos valorando todas las soluciones posibles que pudiera haber para no perjudicar a ninguna de las partes ya sea modificando o no alguna norma de la empresa, practicando así en cierto modo de manera indirecta el acomodamiento razonable.⁴³

⁴² RUIZ VIEYTEZ, E.K., “Crítica del acomodamiento razonable”.

⁴³ GIL Y GIL, J.L., “Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España”, Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo”, (2013).

CONCLUSIONES

Las hipótesis que nos han llevado a investigar el objeto de estudio del trabajo surgen de la problemática que muchas mujeres musulmanas residentes en occidente se encuentran cuando deciden formarse o una vez ya formadas empiezan a inserirse en el mundo laboral. Como hemos nombrado en los objetivos, viéndolo desde el exterior no parece tan complejo, pero vivirlo en primera persona supone una situación muy complicada debido a la lucha entre la integración perfecta en el mundo profesional y la defensa ideológica que forma parte de la identidad de la persona. Resulta frustrante tener que lidiar con ello por el simple hecho de pertenecer a una cultura o religión distinta.

Después del estudio para averiguar las razones que dan lugar a estos conflictos entre empresa y trabajador en este caso, vemos que se trata de la colisión entre dos derechos Constitucionales que son, por una parte, el derecho a libre práctica religiosa de los trabajadores y por otra, la libertad de empresa y decisión del empresario. Ciertamente es que, en la mayoría de los casos, esta barrera no surge por una cuestión de discriminación directamente sino más bien porque determinados puestos de trabajo exigen una vestimenta determinada por las funciones que se realizan, por lo contrario, cuando simplemente se trata de la imagen que quiere imponer la empresa se estaría tratando de una discriminación de manera indirecta valorando así, el aspecto físico de una persona por encima de sus habilidades y competencias. También hemos podido observar que los trabajadores que profesan externamente su religión se encuentran con más impedimentos que las personas que simplemente son creyentes de éstas.

Después de haber observado y estudiado diversas sentencias, llegamos a dos conclusiones, la primera es que el empresario aun ejercitando su derecho de libertad de empresa, no siempre cuenta con total legitimación para prohibir el uso de simbología religiosa como el uso del hiyab en el puesto de trabajo a sus trabajadoras de manera arbitraria dado que para ello habría que justificarlo con razones de peso como el establecimiento de un código de uniformidad necesario para la actividad empresarial porque de lo contrario supondría un perjuicio económico para la compañía o cuando existan razones de seguridad y salud. De todos modos, el empresario debería de vigilar que las normas fueran aplicadas para todos sus trabajadores evitando la prohibición del uso de simbología religiosa cuando a otros trabajadores sí que se les permita utilizar otro tipo de complementos y sobre todo actuar de manera equitativa y respetuosa con

todas las personas que formen parte de la empresa con independencia a si profesan una religión determinada o no. De lo contrario a lo nombrado anteriormente, el empleador estaría actuando de manera negligente dando lugar a una discriminación. La segunda conclusión es que el derecho de la libre práctica religiosa como ya se ha comentado también cuenta con ciertas limitaciones y si el empresario con anterioridad a la entrada de la trabajadora ya cuenta con un régimen neutral de uniformidad que no permite el uso del hiyab por las razones ya nombradas anteriormente e incluso si le da a conocer las condiciones previamente a la firma del contrato de los prejuicios que le supondría a la actividad empresarial se entendería conforme a derecho.

Una de las cosas que mas asombra, es ver como la sociedad le pone una etiqueta tan grande al hiyab, viéndolo como una simple prenda que usan las mujeres musulmanas sometidas en su cultura, de echo los empresarios en la mayoría de casos, ver a una mujer musulmana con el velo les produce rechazo a simple vista sin darse a si mismos y a la otra persona la oportunidad de preguntar e informarse sobre el verdadero significado del hiyab ya que habitualmente se identifica con la vestimenta y sin embargo, el término hace referencia al conjunto de vestimentas del código de conducta indumentario de los musulmanes y verlo así como parte de la identidad de la persona y aprovechar que nuestro país cuenta con una gran diversidad cultural, pudiendo ser más beneficioso de lo que parece para la empresa.

En cuanto al acceso a la función pública, lo que más llama la atención, es la escasez de mujeres musulmanas en el ámbito de la administración, después de haber investigado y de buscar sentencias de casos donde se haya podido producir una discriminación, en España hemos podido observar que no se suele dar debido a que muchas mujeres ya de entrada no se plantean poder acceder a la función pública por todas las dificultades que ello les pueda traer. Si partimos de los numerosos casos que sufren muchas docentes que deciden hacer uso del hiyab en las aulas y no se les es permitido vulnerando así un derecho tan importante como es la educación, como pretendemos que éstas mismas personas sigan adelante con tantas barreras.

Estas discriminaciones a las que se exponen las mujeres musulmanas por hacer uso del hiyab en las relaciones laborales pueden ser combatidas jurídicamente desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por la práctica de una religión y al mismo tiempo a la no discriminación por razón de género, dando lugar a una discriminación múltiple, pero desgraciadamente el estado no ofrece esta protección. Si

cabe destacar que se ha avanzado en la protección por razón de género y en algunos casos por motivos religiosos, pero no en el objetivo final de estudio que es en dar soluciones y prevenir las situaciones de inadmisión al empleo o dificultades que se encuentran una vez ya dada la relación laboral.

Por último, la doctrina de la “acomodación razonable” es la solución mas acertada por el momento dado que hoy en día siguen surgiendo los mismos conflictos y aún no se ha llegado a lograr la inexistencia de éstos. Su objetivo es favorecer a la parte que siempre sale mas perjudicada que seria el caso de las trabajadoras ante el conflicto con el empresario. De esta manera, el empleador valoraría todas las posibilidades posibles para llegar a un acuerdo y poder así salir beneficiadas ambas partes y no optar directamente por el despido.

Es una doctrina que se debería de implementar como norma en todos los países de la Unión Europea, para así poder avanzar y poder llegar a lograr acabar con la incompatibilidad de la práctica religiosa en las relaciones laborales. Pero independientemente de la doctrina, nos corresponde a nosotros como sociedad ponerle fin a esta situación y dejar de ver el código de vestimenta de otra persona como una barrera o impedimento en el desarrollo de sus funciones laborales.

“No hay camino sencillo hacia la libertad en ninguna parte y muchos de nosotros tendremos que pasar a través del valle de la muerte una y otra vez antes de alcanzar la cima de la montaña de nuestros deseos” (Nelson Mandela).

BIBLIOGRAFÍA

MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ M., “Velo islámico ¿Una causa de discriminación? Especial referencia a su uso en la escuela, en la documentación de identificación y en el ámbito judicial” Universidad de Girona, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVI (2020)

ABDULLAH, M., "El velo islámico (el Hiyab)", en http://www.diariocordoba.com/noticias/opinion/velo-islamico-el-hiyab_574223.html, 2010 (visitada el 27 de marzo de 2022).

Información extraída de la siguiente imagen, Disponible en línea <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-burka-opinan-musulmanes20140701193046.html> (visitada el 27 de marzo de 2022)

ADMINISTRATIVANDO AVOGADOS., “Los principios de igualdad, mérito, capacidad, transparencia y seguridad jurídica en oposiciones y concursos – oposiciones ante la Administración Pública” 27 julio 2020, en <https://administrativando.es/oposiciones-administracion-publica/> (visitada el 12 abril de 2022).

GOBIERNO DE ESPAÑA., “Ministerio de la función pública” en <https://www.mptfp.gob.es/porta1/fucionpublica/fucion-publica.html> (visitado el 08 de mayo de 2022).

MERCEDES MARTÍNEZ, A., “La diversidad religiosa y el acceso al empleo público”. Vlex, en <https://vlex.es/vid/diversidad-religiosa-acceso-empleo-682424333>, *Universidad de Girona*, Girona, 2015 (visitada el 18 de abril de 2022)

ADORACIÓN CASTRO, J., “El uso del velo islámico en los centros docentes: ciudadanía y libertad religiosa”. (Cuestiones del pluralismo, volumen 1, número 2), setiembre 2021.

RABAB RIYAH T., “El velo islámico en las relaciones de trabajo”, *Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona*, 2019.

GERMÁN MELÚS J., “La problemática del uso del velo islámico en el ámbito educativo”, *Facultad de Derecho, Zaragoza*, 2016.

LUCÍA DÍAZ M., “El derecho a la libertad religiosa en el ámbito laboral”, *Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Zaragoza*, 2019.

SONIA GARCÍA V., “El Derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial, A Coruña, julio de 2013.

SARA GARCÍA M., “Igualdad de género y velo islámico: algunas reflexiones” *Universidad de Jaén*, julio de 2015.

SALVADOR PÉREZ A., “Marco constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿Señas de identidad ideológica y/o cultural?, (*Foro, Nueva época, núm. 13/2011: 139-187*).

ANDREA ELENA G., “El velo islámico, Eterna causa de discriminación” *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 369-281*.

JOSE MANUEL BERMEJO L., “Un enfoque actual de los derechos colectivos para la minoría islámica en España”, (*Revista Internacional de Pensamiento Político - I Época - Vol. 8 - 2013 - 211-231- ISSN 1885-589X, 2013*).

ICIAR MEREDIZ P., “El uso por motivos religiosos del pañuelo islámico o hiyab en el ámbito laboral: ¿Un campo para la llamada “acomodación razonable” ?, *Facultad de derecho, Oviedo*, julio 2020.

GONZALEZ-CASTRO, G. G., “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”. *Revista jurídica de los derechos sociales (2016). Lex Social*, págs. 327-328.

AGUSTIN MOTILLA C., “La libertad de vestimenta: el velo islámico” *Dialnet*, 2004.

AGUSTIN MOTILLA, C., “La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña” *Manual breve del Derecho Eclesiástico del Estado. Dialnet*, 1985-2021.

DIONISIO LLAMAZARES F., “Derecho de la libertad de conciencia” (*Civitas n.4*), 2011.

CAÑAMARES ARRIBAS S., “Tratamiento de la simbología religiosa en el Derecho español: Propuestas ante la Reforma de la Ley orgánica de libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19 (2009), 6.

SANJURJO RIVO, V.A., “Estado constitucional y derecho a la libertad religiosa: especial atención a la manifestación de símbolos religiosos en el ámbito educativo.

Revista CESCO de Derecho de Consumo, (N. 11/2014, *Dialnet*).

ELÓSEGUI ITXASO, M., “La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional Alemán de 2015 sobre el uso del velo por profesoras” *Anuario de filosofía de derecho*, 30, pp.342-343.

GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., “Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta armonizadora”, pp. 344-345.

JOSÉ RUIZ R., “La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública”. *Revista española del derecho constitucional*, (*Dialnet*, año n° 31, N° 92, 2011).

EDUARDO RUIZ V., “Crítica del acomodamiento razonable como instrumento jurídico del multiculturalismo”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Julio del 2009.

GIL Y GIL, J.L, “Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*”, (2013).

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, *BOE*.

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, publicado en *BOE* núm. 106, de 4 de abril.

Convenio número 111 de la O.I.T. relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, *BOE*.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero, F. J. 11.

FJ 11º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre.

Sentencia de 25 de enero de 2012, Juzgado de lo Contencioso de Madrid.

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, 432 U.S.63, 16 de junio de 1977.

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, 479 U.S 60, 17 de noviembre de 1986.

Sentencia de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, 31 de mayo de 1977.

Sentencia de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, 17 de diciembre de 1985.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003.
“Caso Ludin”.